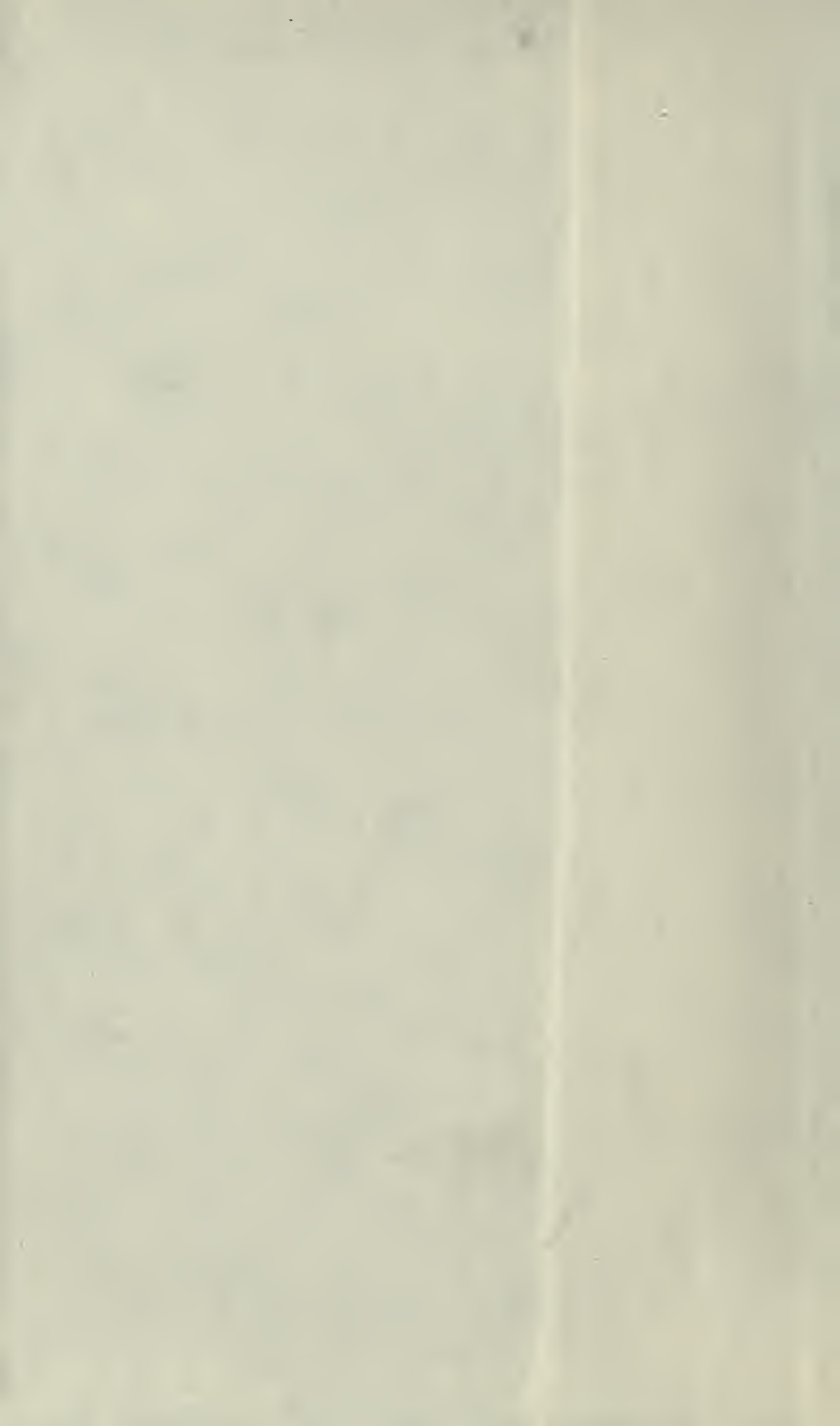
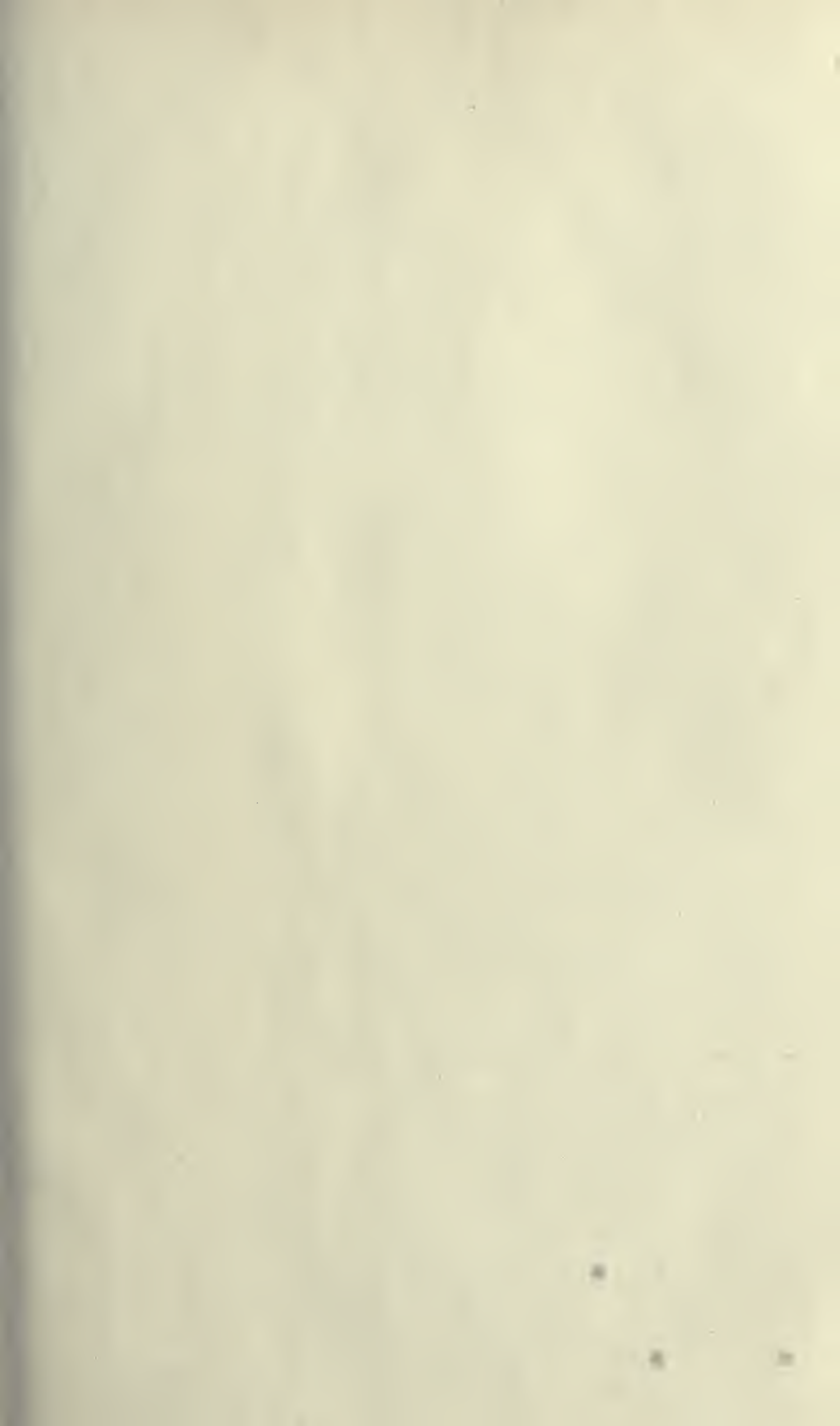
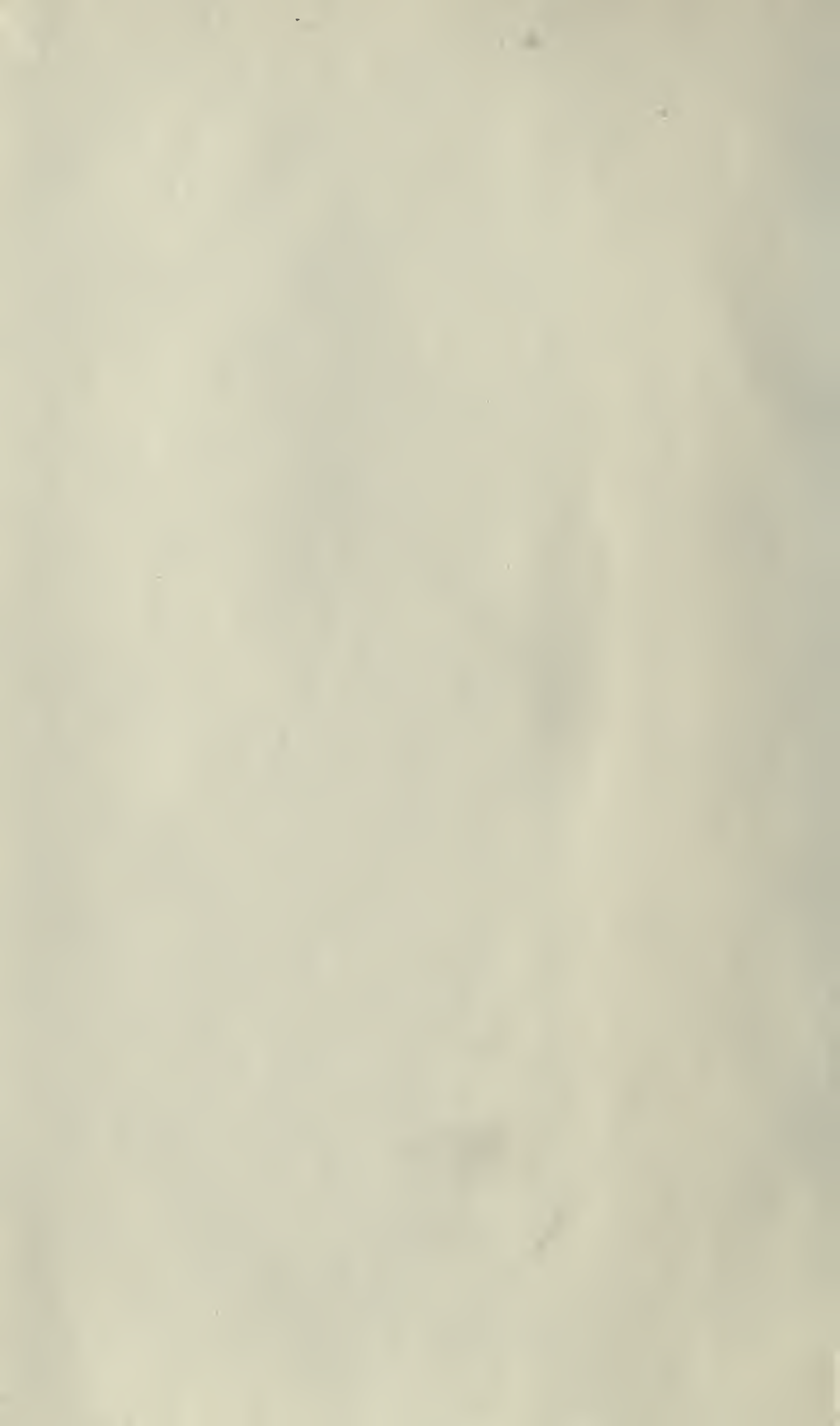
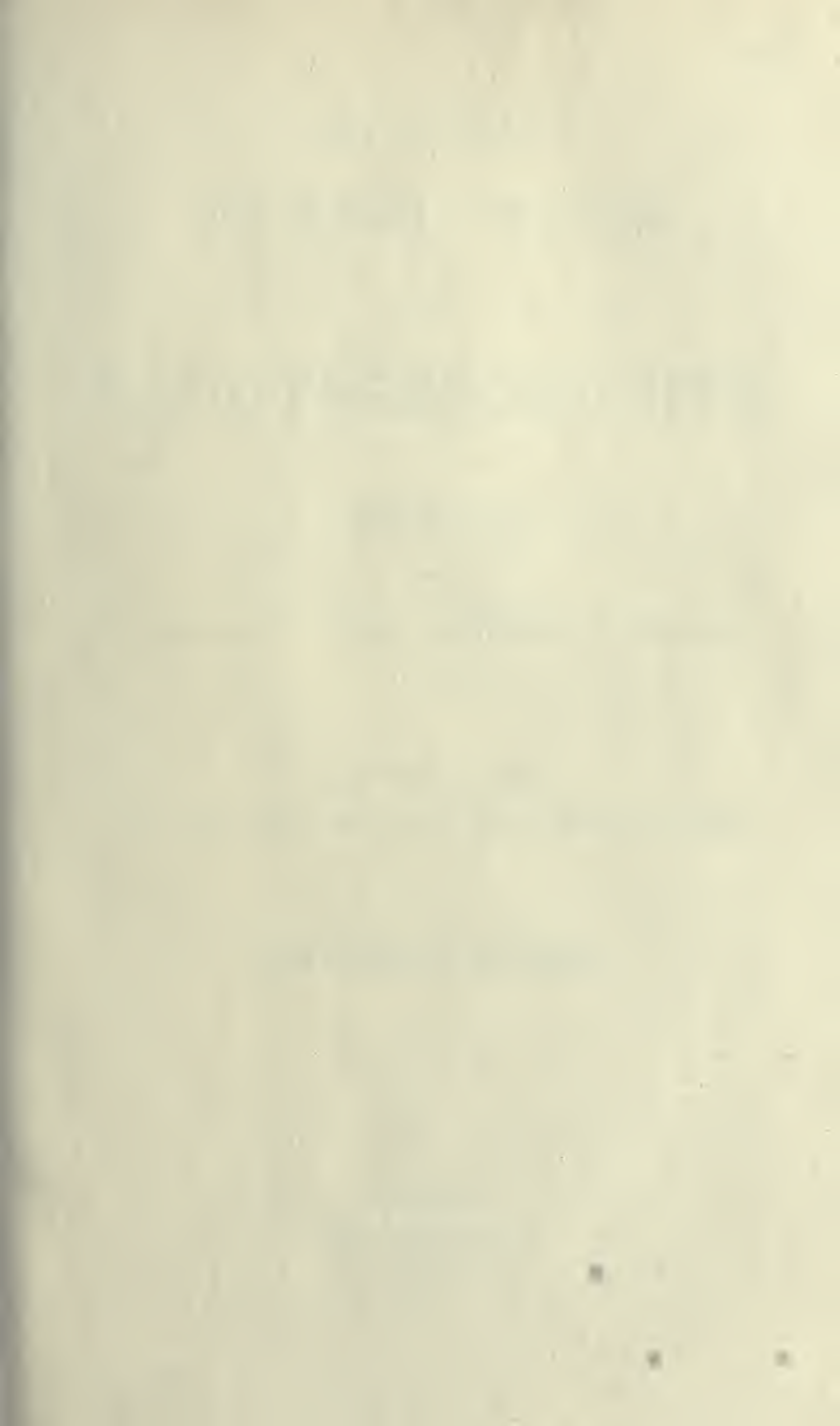
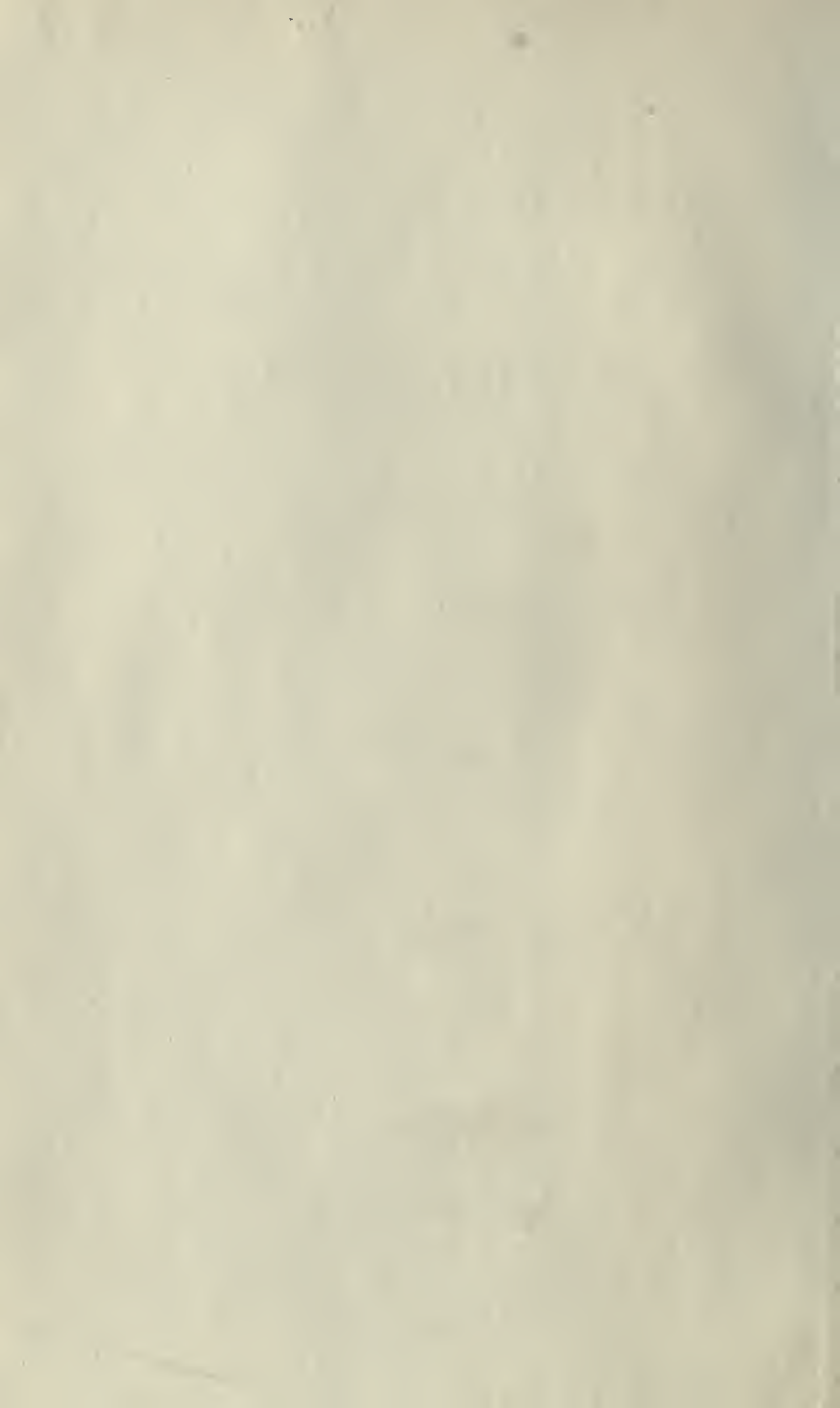












ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

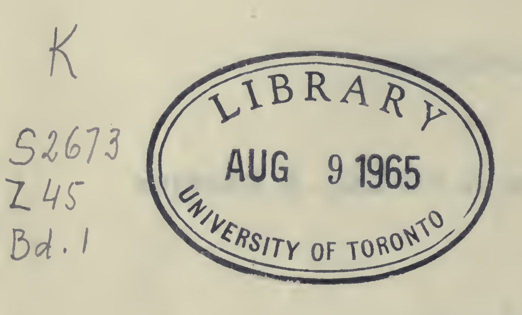
G. Bruns, P. v. Roth, H. Böhlau, A. Pernice

ERSTER BAND

XIV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

GERMANISTISCHE ABTHEILUNG

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1880.



Unveränderter Nachdruck

veranstaltet vom

ZENTRAL-ANTIQUARIAT
DER DEUTSCHEN DEMOKRATISCHEN REPUBLIK
LEIPZIG
Ag 05/1096/64 DDR III/18/6

Die

Savigny-Stiftung.

Von **Bruns.**

Die Zeitschrift für Rechtsgeschichte erscheint vom vierzehnten Bande ab mit der neuen Bezeichnung: „Zeitschrift der Savigny-Stiftung.“ Es bedarf dies einer Rechtfertigung, die in folgenden Umständen enthalten ist.

Die Savigny-Stiftung ist im Jahre 1863 gegründet, ist aber bis jetzt in ihrem Bestande und ihrer Wirksamkeit wenig bekannt geworden. Es wird zwar jährlich ein Bericht über den Bestand und Fortgang der Stiftung veröffentlicht, aber nur in den Jahresberichten der juristischen Gesellschaft zu Berlin, die ausserhalb Berlins wenig Verbreitung finden. Die wissenschaftliche Wirksamkeit der Stiftung selber aber ist ihrem ganzen Zwecke gemäss der Art, dass sie nur in grösseren wissenschaftlichen Unternehmungen hervortritt, die jahrelange Studien und Arbeiten erfordern, und von denen daher auch in den 17 Jahren des Bestandes der Stiftung nur wenig erst hat vollendet werden können. Wirklich beendigt ist erst ein Werk, die neue Ausgabe des Justinianischen Codex von P. Krüger. Von einem andern, der Quellengeschichte des canonischen Rechtes von Fr. Maassen, ist nur erst der erste Band erschienen. Ausserdem sind nur noch von einer neuen Ausgabe des Schwabenspiegels von L. Rockinger einzelne Vorarbeiten veröffentlicht. Ein eigentliches Bild von dem Bestande, den Mitteln und Organen und der Bedeutung und Wirksamkeit der Stiftung ist aus diesen vereinzelten Erscheinungen um so weniger zu gewinnen, als auch bei ihnen der Zusammenhang mit der Stiftung nicht äusserlich hervortritt, sondern nur beiläufig in den Vorreden hervorgehoben wird.

Unter diesen Umständen ist es natürlich, dass als im vorigen Jahre bei *Savigny's* Geburtsfeste die allgemeine Feier desselben in ganz Deutschland deutlich zeigte, wie frisch und lebendig das Interesse für die wissenschaftliche Bedeutung Savigny's noch sei, in den Herausgebern dieser Zeitschrift der Gedanke entstand, die Zeitschrift, die eigentlich nur eine Nachfolgerin der alten Savigny'schen „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" ist, mit dem Namen Savigny's durch Vermittelung der Savigny-Stiftung in eine nähere Verbindung zu setzen, und dadurch zugleich der Stiftung selber ein festes und weitverbreitetes Organ für ihre Publicationen zu geben, so wie auch die Kenntniss von ihrem Zustande und ihrer Wirksamkeit grösseren und entfernteren Kreisen leicht und sicher zugänglich zu machen. Der Plan wurde von den statutenmässigen Organen der Stiftung gebilligt und angenommen und tritt demgemäss mit dem gegenwärtigen ersten Hefte des neuen Bandes der Zeitschrift ins Leben.

Als Ausgang und Grundlage für alle weiteren Publicationen scheint es passend zu sein hier dreierlei Mittheilungen voraufzuschicken:

1) eine Beschreibung der Entstehung der Stiftung,
2) das Statut der Stiftung,
3) einen Bericht über ihre bisherige Wirksamkeit.

1. Die Entstehung der Savigny-Stiftung.

Als *Savigny* am 25. October 1861 hier in Berlin gestorben war, fasste der Vorstand der hiesigen juristischen Gesellschaft (eines Vereins von Praktikern und Theoretikern zu gemeinsamen Zusammenkünften mit wissenschaftlichen Vorträgen) den Entschluss, eine würdige Todtenfeier für den Verewigten zu veranstalten. Die Feier fand am 29. November in höchst solenner Weise statt. Ihre Majestäten der *König* und die *Königin* so wie Se. Königliche Hoheit der *Kronprinz* beehrten die Versammlung mit ihrer Gegenwart; ausserdem erschienen die Minister v. *Auerswald*, v. *Bernuth*, v. *Bethmann-Hollweg*, *Uhden*, *Simons* und eine Menge anderer hochgestellter und sonstiger Personen, namentlich noch als Ver-

treter des Juristentages der Staatsanwalt Dr. Schwartze aus Dresden und der Professor v. Wächter aus Leipzig.

Die Gedächtnissrede hielt der Professor Heydemann. Nach ihrer Beendigung trat der Präsident der Gesellschaft, Graf v. Wartensleben, auf und machte der Gesellschaft die Mittheilung:

„dass der Vorstand der juristischen Gesellschaft beschlossen habe, sich als Comité behufs Gründung einer Savigny-Stiftung zur Förderung der vergleichenden Rechtswissenschaft zu constituiren."

Zugleich richtete er an Professor v. Wächter die Aufforderung, sich über diesen Gedanken und den Plan einer solchen Stiftung äussern zu wollen. Wächter that dies, indem er ausführte, wie eine solche Stiftung das passendste und schönste Denkmal sei, das eine juristische Gesellschaft Savigny errichten könne, dabei zwar einige Bedenken über die Behandlung der vergleichenden Rechtswissenschaft nicht verhehlte, aber doch die Ueberzeugung und Hoffnung aussprach, dass der Plan sicher allgemeinen Anklang finden und in der richtigen Weise ausgeführt eine segensreiche Wirkung ausüben würde.

Der Vorstand der Gesellschaft als ursprüngliches Gründungs-Comité bestand aus den Stadtgerichtsräthen Graf v. Wartensleben und Borchardt, dem Staatsanwalte Meyen, den Rechtsanwalten Simson und Volkmar und dem Privatdocenten Dr. Dove. Es verstärkte sich durch Cooptation zu einem grösseren Comité von 17 Personen, indem es die rechtsgelehrten Mitglieder des Staatsministeriums zum Beitritte einlud, nämlich die Minister v. Bernuth, v. Bethmann-Hollweg, v. Patow, Graf v. Schwerin, ferner den Präsidenten des Ob.-Trib. Bornemann und sämmtliche Mitglieder der juristischen Facultät, von denen die Professoren Bruns, Gneist, Heydemann, Homeyer, Richter, Rudorff die Einladung annahmen. Das Comité constituirte sich gleich im Anfang des Decembers und erliess einen Aufruf an die Schüler und Verehrer Savigny's in allen Ländern und Nationen. Der erste Beitrag wurde bereits am 12. December angemeldet, 500 Thaler vom Könige und der Königin, denen der Kronprinz und die Kronprinzessin mit 200 Thaler folgten.

Weitere Beiträge kamen dann sehr bald. Namentlich in den fürstlichen Kreisen fand sich eine äusserst rege Theilnahme: Beiträge sendeten der Kaiser von Oesterreich, die Könige von Würtemberg, Sachsen, Portugal, die Grossherzöge von Baden, Hessen, Oldenburg, Weimar, die Herzöge von Nassau, Meiningen, Altenburg, Dessau, die Fürsten von Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, von Hohenzollern-Hechingen. Ihnen folgten die freien Städte Deutschlands Hamburg, Lübeck, Bremen, Frankfurt. Ausserdem beeiferten sich Ministerien und andere Behörden, Gerichte, Universitäten, Magistrate und eine Menge einzelner Privatpersonen. Die Gesammtsumme der Beiträge war bis zum Schlusse des Jahres 1879, auf die einzelnen Länder vertheilt, folgende:

1) aus Deutschland	36,273	Mark	80 Pf.
2) aus Oesterreich	29,437	„	40 „
3) aus Italien	1680	„	20 „
4) aus Spanien[1])	1501	„	20 „
5) aus Holland	1143	„	— „
6) aus Portugal	800	„	— „
7) aus Frankreich	490	„	80 „
8) aus der Schweiz	400	„	— „
9) aus Russland	255	„	— „
10) aus Schweden und Norwegen	240	„	— „
11) aus Belgien	208	„	50 „
12) aus Süd-Amerika (Buenos-Ayres)	2038	„	50 „
In Summa	75,848	Mark	60 Pf.

[1]) Besonders interessant ist die Theilnahme von Barcelona. Das Advocatencollegium zu Barcelona hatte am 11. Juli 1869 ein Spanisches Savigny-Comité im Anschlusse an diese Stiftung gegründet. An der Stiftungsfeier betheiligten sich die höchsten Würdenträger der Stadt Barcelona, sowohl die der Geistlichkeit als auch die vom Civil- und Militärstande, endlich auch der Prorector der dortigen Universität und viele hervorragende Juristen, welche dazu eingeladen worden waren. Mittelst Schreibens des Prof. E. Durand, des Präsidenten dieses Comités, vom 27. October 1869, wurde an das hiesige Curatorium der Stiftung das Ersuchen gerichtet, jenes Comité als mitgehörig zu der Stiftung zu betrachten, unter Einsendung eines ersten Beitrages von 1500 Mark zum Capitalvermögen der Stiftung. Nach der Mittheilung waren bereits ge-

Nicht ganz leicht war die Feststellung des Statutes für die Stiftung, namentlich konnte der Zweck der Stiftung nicht wohl so allgemein auf vergleichende Rechtswissenschaft gestellt gelassen werden, sondern musste genauer und in einer den wissenschaftlichen Bestrebungen Savigny's sich enger anschliessenden Weise gefasst werden; dazu kam, dass be-

---

zeichnet: 1000 Realen von dem Advocatencollegium, 400 R. von der dortigen juristischen Facultät, 500 R. von der dortigen Akademie der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 500 R. vom Collegium der dortigen Notare. Nach Artikel 2 der mitgetheilten Statuten jenes Comités hat dasselbe sich die Aufgabe gestellt:

1) das Studium der Rechtswissenschaft in Spanien in allen ihren Zweigen zu begünstigen;
2) mittelst Subscription zur Vermehrung des Capitals der Savigny-Stiftung zu Berlin beizutragen;
3) die durch die Savigny-Stiftung in das Leben gerufenen wissenschaftlichen Arbeiten in Spanien zu verbreiten;
4) Spanische Juristen anzuregen zur Theilnahme an den wissenschaftlichen Arbeiten, zu welchen die Stiftung auffordert.

Mittelst Schreiben vom 12. September 1871 hatte dieses Comité an das Curatorium der Stiftung das Ersuchen gestellt, den Artikel 16 des Statuts der Savigny-Stiftung, wonach die wissenschaftlichen Arbeiten in Lateinischer, Deutscher, Englischer, Französischer oder Italienischer Sprache abgefasst sein müssen, dahin abzuändern:

dass auch die Spanische unter diese Cultursprachen aufgenommen werde.

In dem Antwortschreiben vom 29. December 1871 wies der Vorsitzende des Curatoriums darauf hin, dass die gewünschte Abänderung der Statuten von der Bestimmung dreier Akademien der Wissenschaften und der Allerhöchsten Genehmigung Sr. Majestät des Kaisers und Königs abhängen würde, mithin nicht nur weit aussehend, sondern von unsicherem Erfolge erscheine. Das Curatorium würde jedoch versuchen, bei nächster Gelegenheit dem ausgesprochenen Wunsche zu entsprechen. Inzwischen sei das Curatorium erbötig, alle Mittheilungen, insbesondere auch Concurrenzschriften in Spanischer Sprache jederzeit dankend entgegenzunehmen, vorausgesetzt, dass den Spanischen Concurrenzschriften nach § 16 der Statuten in ihrer jetzigen Fassung eine Uebertragung in eine der dort genannten Sprachen beigefügt sein würde.

Seit dieser Zeit ist gar keine Mittheilung des Spanischen Comités bei dem Curatorium der Stiftung eingegangen. Nach der Mittheilung des Consuls des Deutschen Reichs in Barcelona, Herrn Richard Lindau, vom 12. Juli 1877, wirkt die Spanische Commission der Savigny-Stiftung unter Leitung des Professors Durand in Barcelona in erfreulicher Weise ununterbrochen fort.

stimmte Organe für die Entscheidung über die wissenschaftliche Wirksamkeit der Stiftung geschaffen werden mussten, wozu die drei Akademien der Wissenschaften von Berlin, München und Wien vorgeschlagen wurden. Der erste Statutentwurf war vom 18. December 1862. Er wurde den drei Akademien und einer Reihe von Rechtsgelehrten verschiedener Länder zur Kritik und Begutachtung zugesendet. Antworten, längere oder kürzere, gingen von den drei Akademien ein und von 10 Rechtsgelehrten, nämlich den Professoren Abegg, Anschütz, Ellero (in Bologna), Ihering, Kraut, Mittermaier, Unger, Witte und von den O.-A.-G.-Präsidenten v. Düring in Celle und v. Langenn in Dresden.

Nach diesem Materiale wurde dann ein neuer Entwurf ausgearbeitet und vom Comité in einer Reihe von Sitzungen berathen. Mit mancherlei Veränderungen wurde er endlich am 27. März 1863 definitiv festgestellt, und am 20. Juli erhielt dann die Stiftung auf Grund dieses Statutes vom Könige die nöthige landesherrliche Genehmigung.

Das Statut lautet wörtlich wie folgt:

2. Das Statut der Savigny-Stiftung.

Bei der Feier, welche die Juristische Gesellschaft zu Berlin am 29. November 1861 zum Gedächtnisse des am 25. October desselben Jahres verstorbenen Königlich Preussischen Staatsministers Dr. Friedrich Karl v. Savigny beging, wurde der Beschluss verkündet, das Andenken des grossen Rechtslehrers durch Gründung einer Stiftung zu ehren.

Da zur Ausführung dieses Beschlusses die Summe von 16,436 Thaler Preuss. Cour. bereits verfügbar ist, wird nachstehendes Statut errichtet:

I. Zweck der Stiftung.

§ 1. Der Zweck der Stiftung ist:

in wesentlicher Berücksichtigung der Bedürfnisse der Gesetzgebung und der Praxis

1) wissenschaftliche Arbeiten auf dem Gebiete des Rechts der verschiedenen Nationen zu fördern,

namentlich solche, welche das römische Recht und die verschiedenen germanischen Rechte sowohl für sich, als auch im Verhältniss zu einander behandeln,

ferner solche, welche die von Savigny begonnenen Untersuchungen in seinem Sinne weiterführen;

2) besonders befähigte Rechtsgelehrte in den Stand zu setzen, die Rechtsinstitutionen fremder Länder durch eigene Anschauung kennen zu lernen und darüber Berichte oder weitere Ausführungen zu liefern.

II. Befähigung zur Theilnahme.

§ 2. Die Befähigung zur Theilnahme an den Vortheilen, welche die Stiftung behufs der Förderung ihres Zweckes gewährt, ist an keine Nationalität gebunden.

III. Rechte der Stiftung.

§ 3. Die Stiftung besitzt unter dem Namen „Savigny-Stiftung" die Rechte einer Corporation und führt in ihrem Siegel das Wappen der Familie v. Savigny. Sie hat ihren Sitz in Berlin und ihren Gerichtsstand bei dem Königlichen Stadtgerichte daselbst.

IV. Stiftungs-Vermögen.

§ 4. Das Capital-Vermögen der Stiftung wird aus den bisher gesammelten Beiträgen und aus den künftig eingehenden Zuwendungen gebildet, sofern der Geber nicht eine andere Bestimmung über die Art der Verwendung treffen sollte.

Das Capital-Vermögen der Stiftung darf niemals angegriffen werden.

§ 5. Für die Zwecke der Stiftung werden nur die Zinsen des Capital-Vermögens verwendet.

V. Curatorium der Stiftung.

§ 6. Die Stiftung wird durch ein Curatorium von sechs Personen vertreten.

Das Curatorium wird bei seiner Gründung aus zwei Mitgliedern der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, zwei Mitgliedern der juristischen Facultät der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität daselbst und zwei Mitgliedern der Juristischen Gesellschaft daselbst gebildet, welche von diesen Körperschaften, bezüglich von der Juristischen Gesellschaft gewählt werden.

Die Legitimation der von der Juristischen Gesellschaft gewählten zwei Mitglieder wird dadurch geführt, dass die von der Akademie und der Facultät gewählten vier Mitglieder des Curatoriums die Wahl derselben als giltig anerkennen.

§ 7. Scheidet ein Mitglied aus dem Curatorium aus, so erfolgt die Neuwahl von derjenigen Körperschaft, von welcher die Stelle des ausgeschiedenen Mitgliedes bei der Gründung des Curatoriums besetzt worden war. Ein gleiches Wahlrecht steht in gleichem Umfange der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zu. In Beziehung auf die Prüfung der Legitimation der von der letzteren gewählten Mitglieder findet auch bei Neuwahlen die Vorschrift des § 6 Alinea 3 des Statuts Anwendung.

Ist dieses Wahlrecht innerhalb eines von dem Curatorium zu bestimmenden angemessenen Zeitraumes nicht ausgeübt worden, so ergänzt sich das Letztere durch Cooptation aus der Zahl der in Berlin wohnenden Rechtsverständigen. Es müssen jedoch stets zwei Mitglieder im Curatorium sitzen, welche weder der Akademie noch der Universität angehören.

Ueber jeden Wahlact des Curatoriums wird eine notarielle Urkunde aufgenommen.

§ 8. Das Curatorium legitimirt sich als Vertreter der Stiftung durch ein Attest des Königlichen Polizeipräsidiums zu Berlin darüber, dass das Curatorium der Stiftung zur Zeit aus den im Atteste genannten Personen besteht.

Das Curatorium hat die Befugniss, einen Syndicus aus seiner Mitte zu wählen und diesem General- und Specialvollmacht cum facultate substituendi zu ertheilen, auch für einzelne Rechtsgeschäfte oder Processe Jemand, sei derselbe Mitglied des Curatoriums oder nicht, unter Beilegung sämmtlicher Rechte, welche dem Vertreter einer abwesenden Partei zustehen, zu bevollmächtigen.

§ 9. Das Curatorium wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden, dessen Name durch eine von dem Curatorium zu bestimmende Berliner, Wiener oder Münchener Zeitung veröffentlicht wird.

Der Vorsitzende repräsentirt die Stiftung in allen aussergerichtlichen Angelegenheiten. Die Zahlungsanweisungen an

die Kasse der Stiftung bedürfen jedoch der Unterschrift des Vorsitzenden und zweier Mitglieder des Curatoriums.

§ 10. Die Beschlüsse des Curatoriums werden durch Stimmenmehrheit seiner Mitglieder gefasst.

Bei Stimmengleichheit giebt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

Lässt der Vorsitzende schriftlich abstimmen, so muss die schriftlich zu formulirende Frage jedem Mitgliede zur Erklärung vorgelegt werden, und steht es dann in der Befugniss jedes Einzelnen, über die Frage eine mündliche Berathung und Abstimmung zu beantragen.

Zu einem giltigen Beschlusse des Curatoriums auf Grund mündlicher Abstimmung ist die Anwesenheit von mindestens drei Mitgliedern erforderlich.

§ 11. Das Curatorium hat für die zinsbare und depositalmässig sichere Anlegung des Stiftungs-Vermögens Sorge zu tragen.

Die Documente der Stiftung sind bei einer mit Depositalverwaltung verbundenen öffentlichen Anstalt zu deponiren.

Die Kasse der Stiftung wird durch einen vom Curatorium hiermit zu beauftragenden öffentlichen Kassenbeamten geführt. Diesem wird nach erfolgter Rechnungslegung alljährlich die Decharge durch das Curatorium ertheilt.

§ 12. Das Curatorium stellt nach einem sechsjährigen vom 1. Januar 1863 ab zu berechnenden Turnus die Zinsenmasse nach Abzug der Verwaltungskosten in runder Summe folgenden drei Akademien zu den Zwecken der Stiftung (§ 1) zur Verfügung und zwar die Zinsenmassen

1) des ersten und zweiten Jahres der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften zu Wien,
2) des dritten und vierten Jahres der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu München,
3) des fünften und sechsten Jahres der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin.

§ 13. Von demjenigen Zeitpunkte an, wo das Capital-Vermögen der Stiftung die Summe von Dreissigtausend Thalern Preuss. Cour. erreicht haben wird, tritt ein dreijähriger Turnus unter den genannten Akademien in der angegebenen Reihenfolge ein.

§ 14. Der Geschäftsgang bei dem Curatorium wird durch die anliegende Geschäftsordnung geregelt.

§ 15. Zu einer Abänderung der Geschäftsordnung ist die Zustimmung von wenigstens vier Mitgliedern des Curatoriums erforderlich.

VI. Der Wirkungskreis der Akademien.

§ 16. Die Akademie, welcher die Zinsenmasse nach Vorschrift des § 12 zur Verfügung gestellt ist, hat die Wahl, aus derselben

1) ein in Druck oder in Schrift ihr vorliegendes Werk zu prämiiren,
2) eine Preisaufgabe zur Concurrenz auszuschreiben,
3) eine Reisestipendium zu ertheilen,
4) die zur Ausführung einer rechtswissenschaftlichen Arbeit erforderlichen Geldmittel zu gewähren.

Dem freien Ermessen der Akademie bleibt überlassen, ob sie die ihr zur Verfügung gestellte Zinsenmasse zu einem und demselben Unternehmen oder zu verschiedenen Zwecken (Nr. 1 bis 4) verwenden will.

Auch die Zinsenmassen mehrerer Jahre können mit Einwilligung der betheiligten Akademien für ein und dasselbe Unternehmen bestimmt und verwendet werden.

Ordentlichen einheimischen Mitgliedern der conferirenden Akademie dürfen weder Preise noch Reisestipendien ertheilt werden.

Die wissenschaftlichen Arbeiten ad 1, 2, 4, sowie die Reiseberichte ad 3 müssen in Lateinischer, Deutscher, Englischer, Französischer oder Italienischer Sprache abgefasst sein.

§ 17. Beabsichtigt die Akademie ein bereits vollendetes Werk zu prämiiren (§ 16 Nr. 1), so hat dieselbe innerhalb eines Jahres, von dem Zeitpunkte an gerechnet, wo ihr die Zinsenmasse zur Verfügung gestellt ist, diese Prämiirung auszusprechen und dem Curatorium unter Uebersendung des Werkes, sowie des die Prämiirung motivirenden Gutachtens die Zahlungsanweisung zu ertheilen.

Schriften, welche schon länger als vier Jahre vor dem Beschlusse ein Werk zu prämiiren, durch den Druck veröffentlicht worden, sind von der Prämiirung ausgeschlossen.

Die Auszahlung der ganzen Prämie für ein Werk, welches im Manuscripte vorliegt, darf erst nach der Veröffentlichung des Werkes durch den Druck erfolgen.

§ 18. Stellt die Akademie eine Preisaufgabe (§ 16 Nr. 2), so veröffentlicht sie innerhalb eines Jahres, von dem Zeitpunkte an gerechnet, wo ihr die Zinsenmasse zur Verfügung gestellt ist, in ihren Organen und in den ihr geeignet erscheinenden öffentlichen Blättern das Thema, die Bedingungen der Concurrenz und den Zeitpunkt der Ablieferung der Arbeiten, setzt auch das Curatorium hiervon in Kenntniss.

An dem auf diesen Zeitpunkt der Ablieferung zunächst folgenden 21. Februar oder in der demnächst folgenden Gesammtsitzung verkündet die Akademie das Resultat der Concurrenzausschreibung, sowie den Namen des Verfassers der gekrönten Preisschrift und ertheilt demnächst dem Curatorium bei Uebersendung der Preisschrift und des die Preisertheilung motivirenden Gutachtens die Zahlungsanweisung.

Die Auszahlung der ganzen Prämie erfolgt auch in diesem Falle erst dann, wenn die Veröffentlichung der Preisschrift durch den Druck bewirkt ist.

Ist die Preisaufgabe nach dem Urtheile der Akademie nicht gelöst, so steht es in ihrer Befugniss, dieselbe Aufgabe nochmals zur Concurrenz auszuschreiben.

§ 19. Bewilligt die Akademie ein Reisestipendium (§ 16, Nr. 3), so wird dieser Beschluss innerhalb eines Jahres, von dem Zeitpunkte an gerechnet, wo ihr die Zinsenmasse zur Verfügung gestellt ist, spätestens am nachfolgenden 21. Februar oder in der demnächst folgenden Gesammtsitzung verkündet, und steht es in der Befugniss der Akademie, dem Percipienten eine bestimmte Anweisung zu ertheilen. Der diesfällige Beschluss unter Angabe der Zahlungsmodalitäten ist dem Curatorium zur Ausführung mitzutheilen. Die Akademie wird Maassregeln treffen oder durch das Curatorium treffen lassen, welche die Veröffentlichung des Reiseberichtes möglichst sichern.

§ 20. Entscheidet sich die Akademie dafür, die Zinsenmasse ganz oder zum Theile einem Rechtsgelehrten zur Ausführung einer bestimmten wissenschaftlichen Arbeit zu gewähren (§ 16, Nr. 4), so ist sie verpflichtet, über den Plan der Arbeit vom Verfasser eine Vorlage zu erfordern, von dem

Fortgange des Unternehmens sich in Kenntniss zu erhalten und die Veröffentlichung des Resultates der Forschungen möglichst zu sichern.

Dem Curatorium wird bei Mittheilung der gemachten Vorlagen und der in der Angelegenheit von der Akademie gefassten Beschlüsse die Zahlungsanweisung ertheilt.

§ 21. Verfügt die Akademie an dem 21. Februar oder in der demselben zunächst folgenden Gesammtsitzung (§§ 18 bis 19) nicht über die ihr zur Verfügung gestellte Zinsenmasse, oder macht sie nicht innerhalb des einjährigen Zeitraums von dem ihr nach § 17, resp. § 20 zustehenden Rechte Gebrauch, ein bereits vollendetes Werk zu prämiiren, beziehungsweise einem Rechtsgelehrten zur Ausführung einer wissenschaftlichen Arbeit die Mittel zu überweisen, oder erklärt sie nicht innerhalb gleicher Frist dem Curatorium, dass sie von dem Rechte des § 16 Alinea 3 Gebrauch mache, so ist die Masse der ferneren Verfügung der Akademie entzogen. Diese verfallenen Massen werden einem besonders zu verwaltenden Fonds der Stiftung zugeschrieben, dessen Zinsen zur Deckung der Druckkosten für die prämiirten Werke gleichzeitig mit der Zinsenmasse des Capital-Vermögens (§ 12) der Akademie zur Verfügung gestellt werden.

Die von der Akademie nicht zum Druck angewiesenen Zinsen des Druckkostenfonds werden zum Capitale dieses Fonds geschlagen.

§ 22. Abänderungen dieses Statuts bedürfen, ausser der Bestätigung der Staatsbehörde, der Zustimmung der drei Akademien und des Curatoriums der Stiftung.

So beschlossen zu Berlin, den 27. März 1863.

Das Gründungs-Comité der Savigny-Stiftung:

v. Bernuth. v. Bethmann-Hollweg. Borchardt. Bornemann. Dr. Bruns. Dr. Dove. Dr. Gneist. Dr. Heydemann. Dr. Homeyer. Meyen. Freiherr v. Patow. Dr. Richter. Dr. Rudorff. Graf v. Schwerin. Simson. Volkmar. Graf v. Wartensleben.

Auf Grund vorstehender Statuten ist die hiesige Savigny-Stiftung durch die Allerhöchste Ordre vom 20. v. Mts., welche wörtlich, wie folgt, lautet:

„Auf Ihren Bericht vom 18. ds. Mts. will Ich der
„Savigny-Stiftung zu Berlin auf Grund ihres wieder
„beifolgenden Statuts de dato Berlin, den 27. März 1863
„hiermit Meine landesherrliche Genehmigung ertheilen."

Salzburg, den 20. Juli 1863.

Wilhelm.

Gez. v. Mühler.

„An
den Minister der geistlichen, Unterrichts-
und Medicinalangelegenheiten."

landesherrlich genehmigt worden.

Berlin, den 6. August 1863.

(L. S.)

Der Minister der geistlichen, Unterrichts- und Medicinal-
angelegenheiten.

In Vertretung: Lehnert.

In Gemässheit des § 14 des vorstehenden Statuts ist die nachfolgende Geschäftsordnung für das Curatorium der Stiftung aufgestellt:

**Geschäftsordnung
für das Curatorium der Savigny-Stiftung.**

§ 1. Das Curatorium wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden unter Zuziehung eines Notars, welcher über den Wahlact eine Verhandlung aufnimmt.

Der Notar veröffentlicht den Namen des Vorsitzenden auf Grund des Wahl-Protokolls durch die vom Curatorium zu bezeichnenden Zeitungen von Berlin, Wien und München auf Kosten der Stiftung.

§ 2. Der Vorsitzende eröffnet alle an die Stiftung gerichteten Schreiben, beruft und leitet die Versammlungen des Curatoriums, führt das Siegel der Stiftung und asservirt die Acten.

§ 3. Die Mitglieder des Curatoriums werden durch den Vorsitzenden zu den Sitzungen schriftlich eingeladen, wenn derselbe es nicht vorzieht, schriftlich votiren zu lassen.

Zur Gültigkeit eines Beschlusses auf Grund mündlicher Berathung wird erfordert:

1) die bescheinigte schriftliche Einladung sämmtlicher Mitglieder,

2) die Angabe des Gegenstandes der Beschlussfassung in dem Einladungsschreiben,
3) die Anwesenheit von mindestens 3 Mitgliedern,
4) die Aufnahme eines von sämmtlichen anwesenden Mitgliedern unterschriebenen Sitzungs-Protokolls.

§ 4. Wenn beim Ausscheiden eines Mitgliedes aus dem Curatorium die Neuwahl durch Cooptation stattfindet, so wird über den Wahlact von einem öffentlichen Notar eine Verhandlung aufgenommen, aus welcher die Legitimation der Wählenden als Mitglieder des Curatoriums, sowie die Befolgung der Vorschrift des § 7 des Statuts hervorgeht.

Zur Gültigkeit der Wahl ist erforderlich, dass der Gewählte mindestens 3 Stimmen für sich hat.

§ 5. Bei Anlegung des Stiftungsvermögens in Hypotheken haben die sämmtlichen Mitglieder über die Beurtheilung der Sicherheit ihr Votum schriftlich abzugeben.

Der mit der Stiftungskasse betraute Kassenbeamte (§ 11 des Statuts) übernimmt gegen eine vom Curatorium zu bewilligende Remuneration zugleich die Rendantur und Buchführung über das Stiftungs-Vermögen.

Zahlungen leistet die Kasse nach den vom Curatorium ihr zu ertheilenden Anweisungen.

Vor dem 1. März eines jeden Jahres legt die Kasse dem Curatorium die Rechnung über die Einnahmen und Ausgaben des letztvorhergehenden Kalenderjahres vor, welche von 2 Mitgliedern des Curatoriums, die der Vorsitzende hierzu bestimmt, revidirt wird.

Nach Erledigung der Erinnerungen wird durch das Curatorium dem Kassenbeamten die Decharge ertheilt und die Zinsenmasse des letztverflossenen Jahres unter Abrundung auf 50 Thaler der conferirenden Akademie für den Zweck der Stiftung (§ 1 des Statuts) zur Verfügung gestellt.

So beschlossen zu Berlin, den 27. März 1863.

Das Gründungs-Comité der Savigny-Stiftung.

3. Bericht über die bisherige Wirksamkeit der Savigny-Stiftung.

Am 29. December 1863 wurde das Curatorium nach § 6 des Statuts constituirt. Gewählt waren:

1. von der Akademie der Wissenschaften zu Berlin die Professoren Mommsen und Rudorff,

2. von der juristischen Facultät die Professoren Bruns und Gneist,

3. von der juristischen Gesellschaft der Stadtgerichtsrath Graf v. Wartensleben und der Staatsanwalt Meyen.

Zum Vorsitzenden wählten diese nach § 9 des Statuts den Grafen v. Wartensleben in Anerkennung seiner Verdienste um das Zustandekommen der Stiftung. Zum Syndicus des Curatoriums wurde nach § 8 der Staatsanwalt Meyen gewählt.

Das Curatorium hat bis jetzt nur Ein Mitglied verloren, den Professor Rudorff, der im Jahre 1873 starb. An seine Stelle wählte die Akademie den Geheimerath Olshausen.

Das Vermögen der Stiftung betrug bei der Uebergabe von dem Comité an das Curatorium die Summe von 23,179 Thlr. Seitdem ist es durch weitere Beiträge und durch Zinsgewinn so gewachsen, dass der Rechnungsabschluss des Jahres 1879 einen Betrag von 93,008 Mk. ergeben hat.

Die Verwendung der Zinsen für die Zwecke der Stiftung ist in § 12 und 13 in der Weise bestimmt, dass so lange der Capitalbestand unter 30,000 Thlr. sei, die Zinsen von je zwei Jahren zusammen immer einer der drei Akademien allein in sechsjährigem Turnus zur Verwendung zugewiesen werden sollen, wenn aber der Capitalbestand 30,000 erreicht habe, ein dreijähriger Turnus mit den Zinsen von je einem Jahre an die Stelle eintreten solle. Nach dem eben aufgeführten Rechnungsabschlusse von 1879 ist die Aenderung des Turnus möglich geworden, natürlich kann sie aber erst nach Ablauf des bisherigen sechsjährigen Turnus zur wirklichen Ausführung kommen.

Zur Uebersicht über die Verwendung der Zinsen mag zunächst folgende Tabelle dienen.

Die Zinsen sind dabei nach § 12 des Statuts vom 1. Januar 1863 an berechnet und zwar stets in Abrundung auf 100 Thlr.

1863—4, Wien, 4500 ℳ Maassen, kirchenrechtliche Quellengeschichte.
1865—6, München, 5700 ℳ Krüger, Codex Justinianus.
1867—8, Berlin, 6000 ℳ dasselbe.
1869—70, Wien, 6900 ℳ Rockinger, Schwabenspiegel.
1871—2, München, 6900 ℳ dasselbe.

1873—4, Berlin, 6900 ℳ Thaner, kirchenrechtliche Quellen.
1875—6, Wien, 6900 ℳ Steffenhagen, Glosse z. Sachsenspiegel.
1877—8, München, 6900 ℳ Preisaufgabe (s. unten S. XX).
1879—80 Berlin.
1881, Wien.
1882, München.
1883, Berlin.

Die genauere Bestimmung der verschiedenen Arbeiten ist folgende:

1. Die Zuweisung der Wiener Akademie an Professor Maassen in Wien ist bezeichnet als: Subvention für sein auf 5 Bände berechnetes Werk über die Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande bis zum Ausgange des Mittelalters unter der Bedingung, dass der Verfasser von den zur Einsicht von Handschriften nach Paris, Brüssel und Rom zu unternehmenden Reisen der Akademie zu Wien Bericht erstatte.

2. und 3. Die Zuweisung der Münchener und Berliner Akademie an Professor Krüger (jetzt in Königsberg) ist bezeichnet als Reisestipendium zur Beschaffung des kritischen Apparates für eine neue Ausgabe des Codex Justinianus unter Erstreckung der Nachforschungen auf die Handschriften des Codex Theodosianus.

4. und 5. Die Zuweisung der Wiener und Münchener Akademie an den Archivar Professor Rockinger in München ist bestimmt „für eine auf breitester handschriftlicher Grundlage ruhende Ausgabe des kaiserlichen Land- und Lehnrechts oder des sog. Schwabenspiegels“.

6. Die Zuweisung der Berliner Akademie an den Professor Thaner in Innsbruck ist bewilligt zur Herausgabe einer Sammlung der älteren kirchenrechtlichen in den Archiven Deutschlands, Frankreichs und Italiens handschriftlich aufbewahrten Quellen, welche bei der Veränderung des Kirchenrechts durch die hierarchischen Principien Papst Gregor's VII. benutzt sind, unter dem Titel: Systematische Canones-Sammlung des Anselmus von Lucca und die auf ihn folgenden Sammlungen bis auf Gratian.

7. Die Zuweisung der Wiener Akademie an den Bibliothekar Steffenhagen in Kiel ist verwilligt „zur Herstellung einer kritischen Ausgabe der Sachsenspiegel-Glosse (Land- und

Lehnrecht) nach einem von ihm selber der Akademie vorgelegten Plane".

8. Für die Zinsen der Jahre 1877—78 hat die Akademie von München in Gemässheit von § 16, 2 des Statuts eine Preisaufgabe zur Concurrenz ausgeschrieben, welche schon im vorigen Jahre von ihr öffentlich bekannt gemacht ist und jetzt hier auf der folgenden Seite nochmals veröffentlicht werden wird.

Dass von den No. 1—7 aufgeführten Arbeiten bis jetzt nur erst weniges im Druck veröffentlicht ist, ist bereits oben gesagt. Der Grund dafür bedarf jetzt nach der Angabe des Inhaltes derselben wohl keiner besonderen Erklärung mehr. Die gedruckten Sachen sind folgende:

1. Von No. 1 ist erschienen:

   Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande bis zum Ausgange des Mittelalters, von Fr. Maassen. 1. Bd. Graz 1870. LXX und 982 S.

2. Das Werk von No. 2 und 3 ist vollständig abgeschlossen und herausgegeben unter dem Titel:

   Codex Justinianus, recensuit Paulus Krueger. Berolini 1877. LXXX und 1186 S.

Dabei ist aber zu bemerken, dass die gesammten Resultate der Nachforschungen nach den Handschriften des Codex Theodosianus der Bestimmung der Berliner Akademie zufolge dieser zu Eigenthum übergeben sind, und bei ihr zur Benutzung für eine demnächstige neue Ausgabe des Codex Theodosianus aufbewahrt werden.

4. Von dem Werke No. 4 und 5 ist zwar noch nichts vollendet, doch sind fünf Vorarbeiten veröffentlicht unter dem Titel:

   Berichte über die Untersuchung von Handschriften des sog. Schwabenspiegels, von Ludw. Rockinger. Wien 1873—75. Zusammen 392 S.

Bekanntmachung
von der
Savigny-Stiftung.

Preisaufgabe für die Savigny-Stiftung, von der Münchener Akademie der Wissenschaften gestellt.

Die königl. bayerische Akademie der Wissenschaften, welcher vom Curatorium der Savigny-Stiftung zu Berlin die Verfügung über zwei Jahresrenten genannter Stiftung (im Betrage von 6900 M.) übertragen ist, stellt zur Preisbewerbung folgende Aufgabe:

> „die Formeln des edictum perpetuum (Hadriani) in ihrem Wortlaute und ihrem Zusammenhange.
>
> In der bekannten Arbeit Rudorff's, De iurisdictione edictum, hat sich die Restitution des prätorischen Edicts zum ersten Male dem formularen Bestandtheile desselben zugewendet. In dieser Richtung soll dieselbe nunmehr — und zwar mehr als es bisher geschehen ist — aus den Edicts-Commentaren selbst heraus und unter Kritik der bisherigen Restitutionen — gefördert und zum möglichsten Abschlusse gebracht werden".

Die Preisbewerbung, von welcher nur die ordentlichen einheimischen Mitglieder der königl. bayerischen Akademie der Wissenschaften ausgeschlossen sind, ist an keine Nationalität gebunden; doch dürfen die Bearbeitungen der Preisaufgabe nur entweder in lateinischer oder deutscher oder englischer oder französischer oder italiänischer Sprache verfasst sein.

Der unerstreckliche Einsendungstermin der Bearbeitungen, welche an die königl. bayerische Akademie der Wissenschaften zu adressiren sind und an Stelle des Namens des Verfassers ein Motto tragen müssen, welches an der Aussenseite eines mitfolgenden, den Namen des Verfassers enthaltenden, verschlossenen Couverts wiederkehrt, ist der 28. März 1882.

Der Preis beträgt 6900 Mark; derselbe wird erst dann ausgezahlt, wenn die Veröffentlichung der Preisschrift durch den Druck bewirkt ist.

Fränkisches Recht und römisches Recht.

Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte

von

Herrn Professor **Dr. Rudolph Sohm**

in Strassburg i. E.

Für die Weltrechtsgeschichte, d. h. für die Rechtsgeschichte der abendländischen Culturwelt, kommen nur zwei Rechte in Betracht: das römische Recht (mit seiner Fortentwickelung durch kanonisches und lombardisches Recht) und das fränkische Recht. Diese Thatsache soll im Folgenden in der Kürze klar gemacht werden. Sie ist deshalb von Bedeutung, weil sie nicht blos eine Anschauung von dem grossen Gang der europäischen Rechtsgeschichte, sondern zugleich die allein sichere Grundlage für die Methode der deutschen Rechtsgeschichte giebt. Denn die Methode der deutschen Rechtsgeschichte muss sich doch selbstverständlich nicht etwa nach Massgabe der Geschichte der deutschen Sprache, sondern nach Massgabe der Geschichte des deutschen Rechts bestimmen.

I.

Das fränkische Recht.

Die ältere Germanistik dieses Jahrhunderts, welche bis zum Ende der vierziger Jahre blühte und noch heute einige namhafte Vertreter zählt, suchte, wenn wir von dem grossen Trifolium Eichhorn, Savigny und Grimm absehen, ihren Ausgangspunkt in dem Sachsenspiegel und den mit dem Sachsenspiegel verwandten Rechtsquellen. Man darf wohl behaupten, dass durch eine Reihe von hervorragenden Arbeiten die Zahl der Resultate, welche bei Beschränkung auf diesen

Quellenkreis gewonnen werden können, so ziemlich erschöpft ist. Seit Waitz und Roth ist eine andere Richtung aufgekommen, welche den Ausgangspunkt ihrer Forschungen einen Schritt weiter zurück verlegt hat. Sie geht von dem Recht des fränkischen Reichs, von den Volksrechten und Capitularien, und insbesondere grade von dem fränkischen Recht des fränkischen Reiches aus. Man kann nicht sagen, dass hier schon in gleicher Weise wie für den Sachsenspiegel die Hauptsumme der Arbeit geschehen sei. Zwar sind erfolgreiche Anfänge namentlich für das Verfassungsrecht gemacht worden, aber auf dem Gebiet des Privatrechts, Processrechts, Strafrechts ist nur erst von ganz vereinzelten Untersuchungen die Verwerthung des altfränkischen Rechts für die deutsche Rechtsgeschichte unternommen worden. Bei der Verlegung des Gesichtspunktes in die fränkische Periode ist der Horizont weit grösser, das Quellenmaterial weit reicher, und liegt es in der Natur der Dinge, dass hier eine längere Zeit vergehen wird, bis das Ackerfeld des fränkischen Rechts in gleicher Weise wie das des sächsischen Rechts bestellt und abgeerntet ist. Es kommt hinzu, dass für Jeden, der auf dem Gebiet des fränkischen Rechts arbeitet, die Durchforschung des ungeheuren Urkundenmaterials unerlässlich ist, während die Forscher auf dem Gebiet des Sachsenspiegels, hierin dem Vorbild ihres Altmeisters Homeyer unähnlich, es mehrfach, wie z. B. noch das neueste Werk von Planck über das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter (1879) beweist, für überflüssig halten, sich auch mit den Urkunden abzugeben.

Indem die auf das fränkische Recht sich richtende Literatur noch in voller Arbeit ist, klopft bereits ein neuer Ankömmling, das nordgermanische Recht, an die Thür und verlangt, dass die Methode der deutschrechtsgeschichtlichen Forschung eine neue Aenderung erfahre, dass der Ausgangspunkt noch weiter zurück, in das germanische Alterthum verlegt werde, dass die altgermanische Zeit nicht als blosse Vorbereitungsperiode behandelt, dass vielmehr die deutsche Rechtsgeschichte nur als eine Evolution der germanischen Rechtsgeschichte aufgefasst werde.

Nun ist gewiss, dass mehrere Methoden gleichzeitig neben einander in Gebrauch sein können. Wenn die Arbeiter von

entgegengesetzten Seiten in den Berg eindringen, werden sie um so sicherer den Tunnel vollenden, welcher das ganze Innere des Gebirges aufschliesst. Aber ebenso gewiss ist, dass nicht vorzeitig eine Methode aufgegeben werden darf, bevor sie alle Früchte getragen hat, die sie zu zeitigen im Stande ist. Denn jede Methode hat ihre besonderen Früchte, und eine andere Methode darf nicht den Anspruch erheben, Resultate bringen zu wollen, welche nur auf entgegengesetztem Wege erreichbar sind. Niemand wird heute mehr sich sonderlich viel geschichtliche Erkenntniss von Untersuchungen versprechen, welche auf den Sachsenspiegel und die verwandten Quellen beschränkt sind. Aber von dem Gebiet des fränkischen Rechts aus sind noch viele Eroberungen zu machen, und eine Reihe der wichtigsten Ergebnisse für die deutsche Rechtsgeschichte kann gerade nur vom fränkischen Recht aus gewonnen werden. Darum soll im Folgenden der Versuch gemacht werden, die Bedeutung des fränkischen Rechts für die deutsche, ja für die europäische Rechtsgeschichte klarzustellen.

Das von Chlodwig gegründete Frankenreich nahm in seiner schliesslichen Gestalt die Gesammtheit der continentalen germanischen Stämme und zugleich die Reste des lateinischen Römerthums in sich auf. Als Karl der Grosse Sachsen und Langobarden dem Reich hinzugefügt hatte, war die Herstellung einer abendländischen Weltmonarchie germanisch-romanischer Nationalität vollendet.

Die Reichsgründung war von den salischen Franken ausgegangen. Diese Thatsache ward für die gesammte spätere Rechtsgeschichte von massgebender Bedeutung.

Die mittelalterliche Rechtsgeschichte besteht in der Geschichte der Wirkung, welche das salisch-fränkische Recht auf die übrigen Stammesrechte ausgeübt hat. Suchen wir uns die wichtigsten Thatsachen, welche diesen Process veranschaulichen, klar zu machen.

Schon in der merovingischen Periode können wir die Anfänge der Vorherrschaft des salischen Rechtes wahrnehmen. Die Volksrechte jener Periode, d. h. die Rechtsquellen des sechsten, siebenten, achten Jahrhunderts lassen bereits ahnen, welches das Schicksal der deutschen Rechtsgeschichte sein wird.

Das erste Opfer, welches die aufsteigende Uebermacht des salischen Frankenrechts forderte, war das nächst verwandte Stammesrecht, das Recht der ribuarischen Franken. Der erste und älteste Theil der Lex Ribuaria, welcher etwa der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts angehört, zeigt uns, dass die beiden Abtheilungen des Frankenstammes, Salier und Ribuarier, ihre nationale Verschiedenheit auch in einem nicht unerheblich verschiedenen nationalen Recht ausgeprägt hatten. Jener erste Theil des ribuarischen Volksrechts handelt vom Strafrecht, und wir finden hier ein selbständiges Compositionensystem, von den Bussansätzen der Lex Salica völlig abweichend. Anders in dem zweiten Theil, der etwa dem Ende des sechsten Jahrhunderts angehört. Hier ist das altribuarische Compositionensystem mit Stumpf und Stiel ausgerottet und, von ganz vereinzelten Ausnahmen abgesehen, das salische Compositionensystem an seine Stelle getreten. Der ganze zweite Theil der Lex Ribuaria stellt eine Bearbeitung der Lex Salica zu Nutz und Frommen der ribuarischen Franken dar. Die Abweichungen, welche der zweite Theil gegenüber der Lex Salica aufweist, hängen, wie z. B. die Rechtssätze über den adfatimus oder die Rechtssätze des Processrechts, oder die Rechtssätze über die Morgengabe und über das in Immobilien bestellte Witthum, mit der Fortentwickelung zusammen, welche das salische Recht selbst inzwischen durchgemacht hatte. Der zweite Theil der Lex Ribuaria bedeutet eine zweite Auflage der Lex Salica, entsprechend dem Rechtszustand am Ende des sechsten Jahrhunderts, und wir entnehmen aus ihm das Recht, welches nunmehr gleichermassen bei neustrasischen und austrasischen Franken gilt. Den gleichen Charakter weisen die späteren Theile der Lex Ribuaria auf. Nur Einzelnes können wir als spezifisch ribuarisch nachweisen: den Eintritt der Mündigkeit erst mit 15 Jahren (nach salischem Recht mit 12 Jahren)[1], die Höhe des in fahrender Habe gezahlten

---

[1]) Doch kann ich auf diesen Unterschied nicht das Gewicht legen, wie Schröder in seinen jüngsten, sonst so sehr anregenden Untersuchungen (z. B. in den Forschungen zur deutschen Geschichte Bd. 19 S. 141 ff) gethan hat, da später, wie im deutsch-fränkischen Gebiet die Volljährigkeit mit 12 Jahren, so umgekehrt in Frankreich die Volljährigkeit mit 15 Jahren begegnet (Warnkönig, Französ. Rechtsgesch.

Witthums von 50 Solidi (bei den Saliern 62½ oder 60 Solidi). Im Grossen und Ganzen haben die beiden fränkischen Stammesrechte sich zu einem einzigen grossen Strom vereinigt, welcher die Farbe und den Grundton des salischen Rechtes trägt. Das ribuarische Recht in seiner ausgeprägten Besonderheit hat schon seit dem Ende des sechsten Jahrhunderts aufgehört zu existiren.[2])

Auch an den übrigen Stammesrechten ging schon in der merovingischen Zeit der Einfluss des salischen Rechts keineswegs spurlos vorüber.

Das alamannische Volksrecht, welches Chlothar II. im Anfang des siebenten Jahrhunderts (613—622) aufzeichnen liess, enthielt in der Hauptsache noch eigenthümlich alamannisches Recht. Aber nicht blos der salisch-fränkische Königsbann von 60 Solidi erinnert daran, dass die Alamannen ein Theil des fränkischen Reichs geworden sind. Auch die altalamannische Standesverfassung erscheint bereits als erschüttert. Aus vereinzelten Notizen, welche ausserhalb der Lex Alamannorum Hlothariana begegnen, lernen wir die altalamannische Dreitheilung der freien Leute in Gemeinfreie (barones de minoflidis), Mittelfreie (mediani) und Hochfreie (primi Alamanni) kennen, d. h. es gab über den „minderfreien" gemeinen Leuten noch einen zweifach abgestuften alamannischen Adel, die Hoch- und die Mittelfreien, eine prima und eine secunda nobilitas. In der Lex Alamannorum Chlothars II. (tit. 69) sind die primi Alamanni bereits gestrichen — sie kennt ausser dem Gemein-

---

II, S. 190. Kraut, Vormundsch. I. S. 133), und zwar in Folge eines Gewohnheitsrechts, dessen Anfänge schon in merovingische Zeit (6. Jahrh.) zurückreichen: König Childebert ward erst im Alter von 15 Jahren von seinem Oheim für einen „Mann" erklärt, Greg. Tur. VII., 33 (vergl. Waitz Verf. Gesch. II., 2. Aufl., S. 128, 129).

[2]) Wenn Einhard Vita Karoli c. 29 sagt: nam Franci duas habent leges, in plurimis locis valde diversas, so denkt er dabei an die Aufzeichnungen des salischen und ribuarischen Rechts, welche allerdings, weil zu sehr verschiedener Zeit entstanden, erheblich von einander abweichen. Die Lex Francorum Chamavorum, welche unter dem Einfluss des benachbarten friesischen und sächsischen Rechts steht, weicht ebenso von der Lex Ribuaria wie von der Lex Salica ab, und kennt im Uebrigen nur ein Frankenrecht (c. 1: quomodo et alii Franci habent. c. 2: sicut alii Franci habent).

freien (liber) nur noch den Mittelfreien (medius) — und eine spätere Notiz der Lex Ribuaria über die alamannischen Wergeldsverhältnisse[3]) lässt schliessen, dass noch im Lauf der merovingischen Zeit die altalamannische Standeseintheilung verschwunden und die fränkische Standesgliederung, welche nur den Gegensatz von Freien und Unfreien kennt, an ihre Stelle getreten ist.

Das bairische Volksrecht giebt in den beiden Theilen, welche Roth als die ältesten unterschieden hat, an das Vorbild des alamannischen und westgothischen Volksrechts sich anlehnend, die altbairischen Ueberlieferungen wieder, während der dritte und jüngste Theil (Titel 1 und 2) wenigstens schon das Eindringen des fränkischen Compositionensystems aufweist.

Aber die merovingische Zeit ist im Allgemeinen grundsätzlich conservativ und schonend gegen die Eigenthümlichkeiten der in den Reichsverband aufgenommenen Stämme. Die Uniformirung beschränkte sich den nichtfränkischen Stämmen gegenüber auf das Nothwendigste, insbesondere auf das öffentliche Recht, und auch hier liess man, wie z. B. die alamannische und bairische Gerichtsverfassung zeigen, soweit es möglich war, altüberlieferte Besonderheiten bestehen. Ueberhaupt ist die merovingische Zeit wie in kirchlichen so auch in rechtlichen Dingen durch ihre Toleranz ausgezeichnet; sie ist weit entfernt, das ganze rechtliche Leben des Reichs von einem Mittelpunkte aus einheitlich zu gestalten. Ja seit der zweiten Hälfte des siebenten Jahrhunderts, wo Alamannen und Baiern sich loslösen und bald auch Aquitanien zu einem selbständigen Herzogthum sich erhebt, hat das föderalistische Princip geradezu den Sieg über das centralistische davongetragen.

Die centralistische Bewegung trat erst in dem restaurirten Reich der Karolinger auf's Neue in den Vordergrund, aber nun allerdings mit einer Energie, welche der ganzen merovingischen Periode fremd gewesen war. Die Kraft der centralisirenden und uniformirenden Bewegung in der Karolingerzeit

[3]) Rib. 36, 4: Si quis Ribuarius advenam Alamannum, — interfecerit, 160 sol. culpabilis judicetur. Das hier genannte Wergeld ist das Wergeld des alamannischen Gemeinfreien, welches also schlechtweg als Wergeld der Alamannen gilt.

drückt sich vor Allem in der inneren Rechtsgeschichte des karolingischen Jahrhunderts aus. In dieser Zeit hat die Reichsidee den Sieg über die Stammesidee und zugleich das Reichsrecht den Sieg über das Stammesrecht davongetragen.

Durch Karl den Grossen war das römische Reich des Julius Cäsar wieder hergestellt worden. Die Sehnsucht der germanischen Stämme war erfüllt. Das Reich, welches als der Inbegriff aller Herrlichkeit unvergesslich in dem Gedächtniss der Barbaren lebte, welches einst die jugendlichen Germanenstämme zugleich mit Entzücken und mit Entsetzen erfüllt hatte, welches als das einzige Reich erschien, das der Weltgeschichte einen Inhalt und dem öffentlichen Leben einen Werth verleihen konnte — dies Reich war wieder da, die schreckliche, die kaiserlose Zeit, sie war vergangen, und indem die deutschen Stämme sich zum Herrn des römischen Reiches aufwarfen, brachten sie es zugleich sich zum frohen Bewusstsein, nunmehr die Herren der Welt und der Weltgeschichte zu bedeuten. Die Zeit der Wander- und der Lehrjahre, sie war vorüber und die Kaiserkrone auf dem Haupte Karls des Grossen zeigte, dass die Zeit der Meisterjahre gekommen war. Das Meisterwerk, mit welchem die deutschen Stämme die Prüfung ihrer staatsbildenden Fähigkeit glänzend vor der Weltgeschichte bestanden, war vollendet: ein Reich, gleich mächtig, gleich gewaltig, wie einst das römische, war geschaffen worden, und mit dem römischen Reich war nunmehr die römische Kirche verbunden. Das Reich Karls des Grossen überragte das des Julius Cäsar um so mehr an Werth, weil es aus einem heidnischen in ein christliches Weltreich sich verwandelt hatte.

So war die Kaiserkrönung Karl des Grossen und die Wiederaufrichtung des römischen Reichs eine populäre That im wahrsten Sinne des Wortes, nicht etwa aus gelehrtem Bücherstudium, sondern aus dem Drängen der Nationen hervorgegangen. Sie stellte den Abschluss der grossartigen Entwickelung dar, welche mit der Völkerwanderung ihren Anfang genommen hatte. Von vorne herein war nicht blos die Zerstörung, sondern die Wiederaufrichtung des römischen Reichs das Ideal der deutschen Stämme gewesen. Das hatte nicht blos der Ostgothe Theodorich, sondern ebenso schon der Frankenkönig Chlodwig gedacht, indem er durch Annahme des

Titels Proconsul [4]) sein Reich gewissermassen dem Rahmen des römischen Reiches einfügte.

Aber so sehr auch das römische Kaiserthum Karls des Grossen in der Ideenreihe der Germanenstämme lag, ward doch dem karolingischen Reich damit ein Lebensmoment eingefügt, welches den Ueberlieferungen der Vorzeit widerstrebte. Durch das römische Kaiserthum erfuhr die Staatsidee selber eine Veränderung. Wir sehen dies sofort an dem Verhältniss des fränkischen Reichs zur Kirche. Während der merovingische Staat von der Verschiedenheit von Staat und Kirche, ja von der Neutralität des Staates gegenüber der Kirche und kirchlichen Dingen ausgegangen war und trotz wichtiger Rechte, welche dem König in Bezug auf die Besetzung der hohen Kirchenämter und die Berufung von Reichsconcilien zuständig waren, von dem Grundsatz der Freiheit und Selbstregierung der Kirche in allen inneren Angelegenheiten ausging,[5]) trat nun im karolingischen Kaiserreich ein anderes Princip an seine Stelle. Der Kaiser fühlte sich durch sein Kaiserthum zum Regiment nicht blos des Staates, sondern ebenso der Kirche berufen. Die Bischöfe verwandelten sich in Beamte des kaiserlichen Willens. Die Fürsorge für die Ausbildung des Clerus, für das Mönchswesen, für die Seelsorge, für die Heidenbekehrung fühlte der Kaiser auf sich selber übergegangen. Die kirchliche Gesetzgebung trat unter kaiserliche Directive. Die Grenze, welche einst die Kirche vom Staat geschieden hatte, fiel hinweg und der Kaiser ward zugleich ein summus episcopus der fränkischen Reichskirche. Das Kirchenregiment begann, byzantinischen Geist in sich aufzunehmen. In dieser Thatsache können wir überhaupt die

---

[4]) Es mag bemerkt werden, dass der längere Prolog der Lex Salica den Titel proconsul nicht blos Chlodwig, sondern ebenso auch seinen Nachfolgern Childebert und Chlothar beilegt mit den Worten: per proconsolis regis Chlodovehi et Hildeberti et Chlotharii. Wie regis (für: reges) sich auf alle drei bezieht, so auch proconsulis (für: proconsules, declinirt wie consul). Dass Chlodwig von dem oströmischen Kaiser Anastasius den consularischen Titel empfing und annahm, ist bekannt, Waitz, V. G. II, S. 59.

[5]) Vergl. darüber jetzt E. Löning, das Kirchenrecht im Reiche der Merovinger 1878 (Geschichte des deutschen Kirchenrechts, Bd. 2).

eigentliche Wirkung des römischen Kaiserthums auf die fränkische Reichsregierung erkennen: mit der Kaiserkrone hatte die antike Idee von der Omnipotenz der Staatsgewalt Fühlung mit der fränkischen Reichsverfassung gewonnen. Unter den Karolingern entfaltet sich jene ausgedehnte Fürsorge für die gesammten Culturinteressen, welche der germanischen Staatsidee und so auch dem merovingischen Reich fern gelegen hatte. Jetzt beginnt jene Gesetzgebung und Verwaltung, welche Handel und Verkehr, Mass-, Gewicht- und Münzwesen, Kanäle, Leuchtthürme, Uferschutz, das Armenwesen, den Unterricht, die Interessen des Grundbesitzes und noch so vieles Andere in ihr Gebiet zieht. Das Kaiserthum erhebt sich zum Mittelpunkt des gesammten Culturlebens.

Von diesem Gesichtspunkt aus ergiebt sich das Interesse, welches die karolingische Gesetzgebung, darin ganz von den Traditionen der merovingischen Zeit abweichend, an der Fortbildung auch des eigentlichen Rechtslebens nimmt. Jetzt beginnt die bewusste Umgestaltung der Gerichtsverfassung — man denke an die Einführung des Schöffeninstituts, — des Processes, z. B. durch die planmässige Entwicklung eines neuen Beweisverfahrens (inquisitio per testes), eines neuen Executionsverfahrens (missio in bannum), jetzt beginnt überhaupt die volle, in der merovingischen Zeit noch ungeahnte Entfaltung des Amtsrechts, welches zugleich den Process und das Strafrecht reformirte. An Stelle der Lex, des altüberlieferten, gewohnheitsmässigen Volksrechts, war plötzlich die Staatsgewalt zum ersten Factor der gesammten Rechtsentwicklung geworden.

Nach dem Vorigen kann es nicht mehr Wunder nehmen, dass der karolingische Staat auch zu den einzelnen Volksrechten und ihren Verschiedenheiten eine neue Stellung einnimmt. Die Nivellirung der Stammesrechtsunterschiede wird das bewusste Ziel der Staatsgewalt. Nur ausnahmsweise werden in der Karolingerzeit Gesetze als Ergänzung der einzelnen Stammesrechte erlassen. Während die merovingische Zeit sich in der Hauptsache für die nichtfränkischen Stämme auf die Aufzeichnung ihres Gewohnheitsrechts beschränkt, und die eigentliche Gesetzgebung der merovinger Könige als Fortbildung

nur des fränkischen, sei es des salischen, sei es des ribuarischen Stammesrechts erschien, begegnen nun in der Karolingerzeit die Capitularien, welche zu sämmtlichen Stammesrechten (nur das römische Recht war ausgenommen) gleichlautende Novellen hinzufügten, die capitula omnibus legibus addenda. Den gleichen Erfolg und Zweck haben die noch weit zahlreicheren Capitula per se scribenda, welche bekanntlich das eigentliche Amtsrecht der karolingischen Periode enthalten. Sie haben territoriale Geltung für das ganze Reich und für alle Reichsangehörigen, und haben die gleichmässige Umgestaltung der sämmtlichen Einzelrechte des fränkischen Reichs im Sinn des neuen königlichen Rechts zur Aufgabe. Die Reformirung der Stammesrechte war zugleich mit ihrer Conformirung verbunden. Die Capitulariengesetzgebung Karls des Grossen war der erste grossartige Versuch, der Centralisirung des Reiches die Centralisirung des Rechtslebens hinzuzufügen. Als die Gebiete, auf welchen die Capitulariengesetzgebung vor Allem thätig war, erkennen wir das öffentliche Recht, das Strafrecht und den Process, d. h. das öffentliche Recht mit seinen unmittelbaren Dependenzen. Zu allen Zeiten hat, wo der Reichsgedanke lebendig war, die Reichseinheit zunächst die Einheit des Strafrechts und des Processrechts nach sich gezogen. Das Privatrecht ist weniger empfindlich für die Staatsverfassung, und wird daher erst später von den Einheitsbestrebungen ergriffen. Die Capitularien der Karolinger stellen, wenngleich in eine Reihe von Einzelerlassen aufgelöst, dennoch, im Grossen und Ganzen betrachtet, ein Reichsgerichtsverfassungsgesetz, ein Reichsstrafgesetzbuch, ein Reichsprocessgesetzbuch dar. Auch für das Privatrecht finden sich einzelne Verordnungen.

Es liegt auf der Hand, dass das Recht, welches den Grundton bei dieser ganzen Capitulariengesetzgebung abgab, das fränkische und zwar das salisch-fränkische Recht war. Die Capitularien enthielten eine fränkisch gedachte Gerichtsverfassung, ein fränkisch gedachtes Strafrecht und Processrecht. Sie bewirkten die Einführung des fränkischen Rechts auf diesen Gebieten für die ganze Monarchie vom Ebro bis zur Elbe und von der Nordsee bis zur Adria. Die Uniformirung der

Stammesrechte war mit ihrer Frankonisirung gleichbedeutend.[5a]) Ueberall im fränkischen Reich ward der triebkräftige Same des fränkischen Rechts von der Hand des Gesetzgebers ausgestreut, und das Schwergewicht der Verhältnisse bewirkte, dass das fränkische Recht auf allen Gebieten, nicht blos auf denen, welche die Hand des Gesetzgebers unmittelbar berührte, den vollen Sieg davontrug, dass das Vordringen des fränkischen Rechts, welches unter den Merovingern begonnen und durch die karolingischen Capitularien einen so entscheidenden Erfolg errungen hatte, mit der Vernichtung der sämmtlichen übrigen Stammesrechte endete. Das gleiche Schicksal, welches zuerst die lokalen Strafrechts- und Processrechtssysteme erreicht hatte, ereilte bald auch das Privatrecht, sodass auch die lokalen Stammesprivatrechte alten Styls dem nemlichen Uniformirungsprocess erlagen.

Den Abschluss dieser Entwicklung müssen wir in der Hauptsache schon in das Ende des neunten und den Beginn des zehnten Jahrhunderts setzen, d. h. in die Zeit, wo in den einzelnen Theilen des Karolingerreichs, insbesondere in Deutschland, die Ideen der fränkischen Zeit noch in voller Lebenskraft sich befanden. Als die Umstände, welche das Umsichgreifen des fränkischen Rechts auf allen Punkten der Linie beförderten, welche also neben die gesetzgeberische Uniformirung der Stammesrechte eine gewohnheitsrechtliche Uniformirung, eine spontane Aufnahme des fränkischen Rechts, insbesondere auch des fränkischen Privatrechts hervorbrachten, werden wir namentlich zwei Thatsachen hervorzuheben haben. Die eine ist die starke fränkische Einwanderung, welche über alle Theile des Reiches sich ergoss, über Elsass, Alamannien, Baiern, Italien, und welche in Sachsen bekanntlich durch die Wegführung einheimischer Bevölkerung und die Einführung fränkischer Colonisten planmässig unterstützt wurde. So wurden die fränkischen Rechtsgebräuche, auch die Gebräuche des fränkischen Privatrechts überall bekannt, und überall trat eine auf die gewohnheitsrechtliche Entwicklung Einfluss übende Wechselwirkung zwischen dem fränkischen Recht und den alt-

[5a]) Einige Thatsachen, welche das im Text Gesagte erläutern, habe ich bereits Fränk. Reichs- und Gerichtsverf. S. 135—137 zusammengestellt.

einheimischen Provinzialrechten ein. Die zweite Thatsache, welche wesentlich mitwirkte, dem Recht der fränkischen Einwanderer zum Siege zu verhelfen, war das überall bedeutend vertretene königliche Domanium. Es verstand sich ganz von selbst, dass der Frankenkönig und sein Fiskus überall im fränkischen Reich nach fränkischem Recht lebte und handelte, dass die Rechtsgeschäfte über den königlichen Grundbesitz dem fränkischen Recht der Gewere und des Immobiliarverkehrs einen bedeutenden und einflussreichen Repräsentanten in allen Provinzen des Reichs verschafften. Es kam hinzu, dass alle Vornehmen aus den einzelnen Stammesgebieten mit dem königlichen Hof, mit dem dort im Königsgericht zur Anwendung gelangenden fränkischen Process- und Privatrecht in Beziehung traten. Es kam vor Allem hinzu, dass die hohen Beamtenstellen, wie der Domanial- so der Reichsverwaltung, gerne mit fränkischen Grossen besetzt wurden; war doch selbst das Herzogsgeschlecht der Agilolfinger vielleicht fränkischen Ursprungs. Es verstand sich von selbst, dass der des fränkischen Rechts gewohnte Graf willkürlich oder unwillkürlich ein Gewicht zu Gunsten des fränkischen Rechts in die Wagschale warf, und dass überhaupt der frankonisirte Process nothwendig in allen Provinzen des Reichs eine Rückwirkung auf die Frankonisirung auch des Privatrechts übte.[6])

Wie früh dieser Ausgleichungsprocess zwischen dem fränkischen und zwar dem salisch-fränkischen Recht auf der einen und den übrigen deutschen Stammesrechten auf der andern Seite sich vollzogen hat, vermögen wir am besten aus dem bekannten lombardischen Chartular zu ersehen, welches etwa um das Jahr 1000 in Pavia abgefasst wurde.[7]) Der Verfassser dieser Sammlung von Formeln, welche auf die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte sich beziehen, hat den Grundsatz, den Notar nicht bloss über das langobardische, sondern über alle Stammesrechte zu informiren, welche in Folge des Rechts der handelnden Parteien bei Abschluss der Rechtsgeschäfte

---

[6]) Z. B. für die Aufnahme des fränkischen Wettvertrags (agramire, fidejussores tollere) als Mittel des Beweisgelöbnisses der Parthei, vergl. Vaissette, hist. de Langued'oc II, Nr. 5 (a. 781). 88, a. 862, und ebenso für die Aufnahme der Auflassung als Besitzverzicht des unterliegenden Beklagten, vergl. Vaissette II, Nr. 5 (a. 781). Nr. 76 (a. 852).

[7]) Herausgegeben von Boretius bei Pertz, Legg. IV. p. 595 ff.

in Anwendung kommen können. In Oberitalien war die Bevölkerung bekanntlich stark gemischt. Da gab es nicht bloss Langobarden und Römer, sondern zahlreiche Salier, Ribuarier, Alamannen, Baiern, Burgunden, Gothen, kurz eine Musterkarte aller Stämme und aller Stammesrechte (nur die weit entfernten Sachsen, Friesen und Thüringer werden nicht genannt), welche überhaupt im fränkischen Reich existirten. Aber trotzdem hat der Verfasser des Chartulars nicht, wie man erwarten sollte, acht oder mehr, sondern nur drei Arten von Rechten zu unterscheiden. Neben dem langobardischen und dem römischen Recht, welche beide als selbständige Sonderrechte gedacht werden, bilden alle übrigen Stammesrechte eine einzige ununterscheidbare Gruppe. Salier, Ribuarier, Alamannen, Baiern, Burgunden und Gothen haben nach Ausweis des Chartulars schon am Ausgang des zehnten Jahrhunderts das gleiche Recht.[8]) Die Formeln sind darum von einem besondern Interesse, weil sie nicht auf den Process, sondern grade auf die Rechtsgeschäfte des Privatrechts sich beziehen. Sie zeigen, dass wie Process- und Strafrecht durch die Capitulariengesetzgebung, so das Privatrecht der deutschen Stämme des ehemaligen Frankenreichs durch eine gewohnheitsrechtliche Entwickelung schon am Ausgang des zehnten Jahrhunderts uniformirt ist. Wir sehen zugleich, welches Recht bei diesem Uniformirungsprocess den Sieg davon getragen hat. Nicht blos die materiellen Rechtssätze, auf die bald des Näheren

---

[8]) Die Unterschiede, welche die 2. Formel namhaft macht, sind ganz äusserlicher Natur. So soll, wenn Alamannen, Baiern und Burgunden die Urkunde tradiren, zu „heredes" hinzugefügt werden „et proheredes" und zu „sine omni contradictione" die Wendung „et repetitione"; statt „esponde te" soll es heissen: „obliga te". Ebenso äusserlich ist es, wenn bei der symbolischen Investitur durch einen Baiern oder Burgunden das Messer nicht mit auf die carta gelegt werden soll, oder, wenn der Notar angewiesen wird, bei Investitur durch einen Alamannen neben dem wanto auch den (gleichbedeutenden) wandilanc zu gebrauchen. Der „Andelang" ist bekanntlich gerade fränkischen Ursprungs, vergl. z. B. Festgabe für Thoel, Strassburg 1879, S. 92 Note 21. Ein wirklicher Unterschied des Rechts besteht nach Ausweis des Chartulars nur zwischen Römern und Langobarden einerseits, welche ohne symbolische Investitur, und zwischen Saliern, Ribuariern, Alamannen, Baiern u. s. w. andererseits, welche bei Rechtsgeschäften über Grundstücke mit symbolischer Investitur und Auflassung handeln.

eingegangen werden soll, sondern auch die Ausdrucksweise des Chartulars selbst, macht klar, dass das fränkische und zwar das salisch-fränkische Recht der alleinige Sieger gewesen ist. Der Verfasser hält es nicht immer für nöthig, die sämmtlichen ausseritalischen deutschen Stämme, Salier, Ribuarier u. s. w. jedesmal alle mit ihrem Namen der Reihe nach aufzuführen; er zieht es vielmehr vor, sich regelmässig mit der abgekürzten Wendung: Salichus et caeteri, zu begnügen,[9]) ja er setzt oft den Salichus oder die Salicha lex allein, wo die sämmtlichen übrigen deutschen Stämme mit ihren Rechten mitgemeint sind.[10]) Seine Ausdrucksweise stellt klar, was auch, wie bemerkt, sich inhaltlich bestätigen wird, dass das Recht des Saliers zugleich das Recht der übrigen deutschen Stämme geworden ist. Das salische Recht ist bereits mit dem deutschen Recht Deutschlands und Frankreichs identisch. Es giebt im Beginn des elften Jahrhunderts nur noch dreierlei Privatrecht: römisches, langobardisches und salisch-fränkisches. Das altribuarische, altalamannische, altbairische, altgothische (so weit es sich um die dem Frankenreich angehörigen Gothen handelt), altburgundische Privatrecht sind untergegangen und das salisch-fränkische ist in Frankreich, Deutschland, Italien an seine Stelle eingetreten.

Was das italische Chartular uns als fertiges, abgeschlossenes Resultat vorträgt, wird durch einen Blick in die Urkundensammlungen bestätigt und in seiner Entwickelungsgeschichte nachgewiesen. Im Languedoc sass eine compact erhaltene gothische Bevölkerung. Trotzdem zeigt uns die reiche Urkundensammlung des Vaissette, welche mit dem Ende des achten Jahrhunderts ihren Anfang nimmt, dass in dieser Provinz, welche doch weit von dem Herzen des fränkischen Reichs entfernt war, schon im neunten Jahrhundert ausschliesslich fränkische Gerichtsverfassung, fränkischer Process und (vom römischen Recht abgesehen) fränkisches Privatrecht lebendig war. An das gothische Recht erinnert nur der sajo, welcher als Gerichtsbüttel thätig ist, die äusserliche Bezugnahme der Urkunden und der Urtheile auf den liber Legis

---

[9]) Form. 5. 8. 9. 12. 13.

[10]) Form. 1. 13. i. f. 15. 17. 18.

Wisigothorum und vor Allem die Art des Zeugenbeweises, welche gemäss westgothischem Volksrecht durch das Beschwören einer schriftlich formulirten Aussage (conditio) erbracht wird.[11]) Im Uebrigen ist der ganze Styl des Gerichts mit Grafen und Schöffen, des Processgangs, des Privatrechts auf fränkischen Fuss gesetzt; auf dem Gebiet des Privatrechts ist schon im neunten Jahrhundert die das gesammte Immobiliarsachenrecht beherrschende Investitur und Auflassung und andrerseits der dem ganzen Contractsrecht Gestalt gebende fränkische Wettvertrag (fides facta) recipirt.[12]) Das gleiche Resultat ergiebt

[11]) Vergl. Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis S. 36. Die Uebereinstimmung mit dem altwestgothischen Recht zeigt z. B. die westgothische Formelsammlung (vom Anfang des 7. Jahrhunderts, Nr. 39, bei Biedenweg, commentatio ad formulas Visigothicas) Berolini 1856, p. 71. Vergl. Lex. Wis. II, 1, 24. II, 4, 3. 5, u. s. w. Der Gebrauch einer conditio beschränkte sich nicht, wie Biedenweg p. 72 annimmt, auf den Zeugeneid, sondern war bei den Westgothen die allgemeine Form für die feierliche Eidesleistung, auch für den promissorischen Eid, vergl. z. B. für den Judeneid Lex Wisig. XII, 3, 13—15, für den Treueid der Unterthanen Juliani historia Vambae c. 361 España sagrada VI, p. 561, für den Amtseid des Königs Concil. Toletanum a. 638 c. 3 (de Aguirre III, p. 409).

[12]) Vaissette, histoire de Languedoc, vol. II, 2 éd. Toulouse 1840. Auflassung (se exigere) des unterliegenden Beklagten und „Revestitur" durch das Gericht Nr. 5 (a. 781). 76 (a. 852). 88 (a. 862). Investitur Nr. 42 (a. 823). Bestellung von Treuhändern per suum andanlangum et per paginam testamenti sui, Nr. 55 (a. 841). Gerichtliche Auflassung (wirpire) und fides facta zum Zwecke eines Vergleichs, also ausserprocessualisches Rechtsgeschäft, Nr. 109 (a. 878). Schenkung mit Vorbehalt der Leibzucht, aber Bestellung eines Zehntrechts als „investitura", Nr. 127 (a. 883). Bestellung von Treuhändern per suum vadium III, Nr. 14 (a. 933). 61 (a. 969). Symbolische Investitur mit Auflassung per guadium suum, id est per festucum de vite ipsas res—reddidisset et guirpitionem effecisset (im Process), III Nr. 64 (a. 971). Seit dem 10. Jahrhundert ist die Auflassung (guirpitio), gerichtliche und aussergerichtliche, als die gemeine Form der Veräusserung von Grundstücken im Languedoc recipirt, Vaissette III, Nr. 47 (a. 958). 84 (a. 990). 89 (a. 997). 94 (a. 1002), u. s. w. Das gleiche Resultat ergeben die Urkunden bei Ménard, hist. de Nismes, Paris 1750. Um den Gegensatz der Gerichtsurkunden im Languedoc und der spanischen Mark aus der fränkischen Zeit gegen das altwestgothische Recht zu erkennen, genügt es, die Urkunden bei Vaissette und Baluze mit der altwestgothischen Formel Nr. 40 (Biedenweg p. 73) zu vergleichen. Diese Formel enthält keineswegs, wie Helfferich, Entstehung des Westgothenrechts,

für die spanische Mark die Urkundensammlung des Baluze und für Burgund die Sammlung von Pérard. Die zahlreichen Urkunden bei Pérard, welche namentlich Nordburgund, also den Theil beherrschen, wo voraussichtlich die nationalburgundische Bevölkerung ursprünglich am stärksten war, zeigen, dass schon im neunten Jahrhundert in Burgund keine Spur von altburgundischem Recht mehr zu entdecken ist;[13])

1858, S. 66 annimmt, römischen, sondern westgothischen Process, wie überhaupt die westgothische Formelsammlung uns den schon vor Chindaswind eingetretenen Verschmelzungsprocess römischen und westgothischen Rechts (jedoch mit Ueberwiegen des gothischen Rechts) veranschaulicht.

[13]) Pérard, recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne. Paris 1664. Diese Sammlung enthält gerade die reichsten Belege für fränkisches Privatrecht und fränkischen Process in der karolingischen Periode, z. B. für den Zeugenbeweis, vergl. Brunner, Zeugen, S. 37 ff. (Brunner S. 41: „Urkunden, die burgundisches Verfahren unzweifelhaft enthalten, stehen mir nicht zu Gebote"); für Investitur und Auflassung vergl. zur Geschichte der Auflassung, Festgabe für Thoel, 1879, S. 92, Note 21, S. 94. 105 Note 32. Ich trage hier noch nach Pérard p. 36. 40 (a. 898. 896?): zwei Urkunden, die erste eine carta, Schenkung von Gütern in pago Augustidunensi mit Zustimmung der Söhne, die zweite die entsprechende notitia über symbolische Investitur (an einem dritten Ort) durch wirpitio, also Auflassung, des Schenkers und seiner Söhne: omnia superdenotata warpierunt et se exitum fecerunt —. Sign. W. et filiis eorum W. Th. qui consenserunt et warpierunt, ein neuer Beweis für die von mir gegen Brunner vertretene Ansicht, dass die Uebergabe der carta als solche nach fränkischem Recht nicht symbolische Investitur war. — Die Verschiedenheit der Stammesrechte, von welcher Bischof Agobard von Lyon (starb 840) in seinem liber adversus legem Gundobadi et impia certamina, quae per eam geruntur (Baluzius, Opp. Agobardi, Paris 1666, I, p. 107 ff.) ein solches Wesen macht (bekannt ist seine Aeusserung p. 111: plerumque contigit, ut simul eant et sedeant quinque homines, et nullus eorum communem legem cum altero habeat), muss sich damals bereits theils auf Aeusserlichkeiten (vergl. oben Note 2), theils auf Einzelheiten beschränkt haben. Am längsten erhielten sich wahrscheinlich die Wergeldsunterschiede, solange das Strafrecht auf dem Compositionensystem ruhte. Schon Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I, S. 112, Note 47 bemerkt mit Recht, dass der Bischof in Wahrheit nicht so sehr eigenthümlich burgundisches, als vielmehr gemeinsames deutsches (richtiger: fränkisches) Recht angreift. So ruhte z. B. der Zweikampf, gegen welchen die eigentliche Spitze seiner Schrift gekehrt ist, damals auf fränkischem Reichsrecht, und ward derselbe

Verfassung, Process, Privatrecht, Alles wird ausschliesslich vom salisch-fränkischen Recht beherrscht. Schon im neunten Jahrhundert giebt es in ganz Frankreich in Wahrheit neben dem römischen Recht nur noch ein einziges deutsches Stammesrecht: das salische Recht.

Im eigentlichen Deutschland zeigen uns die alamannischen Urkunden des Klosters von St. Gallen genau das gleiche Bild. Keine einzige Urkunde hat mehr eine Spur von der altalamanischen Gerichtsverfassung, welche im siebenten Jahrhundert nach dem Zeugniss der Lex Alamenorum noch im vollen Leben war. Die fränkische Gerichtsverfassung ist an ihre Stelle getreten. Ueberhaupt zeigen die alamannischen Urkunden schon des neunten Jahrhunderts nichts mehr, was spezifisch alamannisch wäre.[14]) Ja die Lex Romana Curiensis, welche schon Ende des achten Jahrhunderts im Herzen der Hochalpen entstanden ist, lässt schon damals, soweit sie deutschrechtliche Momente zeigt, den Einfluss gerade des fränkischen Rechts erkennen.[15]) Etwas anders liegt die Sache in Baiern.

---

seit dem 9. Jahrhundert überall in Frankreich im Volksgericht in der von den Capitularien vorgeschriebenen Form mit Schild und Knüttel ausgefochten, vergl. z. B. Mirac. S. Benedicti c. 8 (Bolland 21. März p. 309), und noch aus dem 11. Jahrhundert Vaissette III. Nr. 158 (a. 1053), Mir. S. Bertini lib. II. c. 15 (Mabillon, Acta Sanctorum III, 1 p. 142). Das fränkische Recht über den Zweikampf ward noch im 11. Jahrhundert selbst in der spanischen Mark geltend gemacht, und ward auf die Weigerung des Gegners, eo quod lex Gothica non jubet, ut per pugnam discutiantur judicia, dennoch nicht nach gothischem Recht, sondern von Seiten des Klägers mit Gewaltthat (wie gegen einen contumax) verfahren. Baluzius, Marca Hispanica Nr. 181 (a. 1019).

[14]) Alamannische Gerichtsurkunden mit fränkischer Gerichtsverfassung und fränkischem Process, z. B. Wartmann, Urkundenbuch des Klosters von St. Gallen I, Nr. 187 (a. 806). II, Nr. 673 (a. 889). Die Inquisitionsprivilegien St. Gallens (Brunner, Zeugen, S. 85 u. 86) haben gleichfalls selbstverständlich die Geltung des fränkischen Processrechts zur Voraussetzung. Der Investitur wird in den alamannischen Urkunden schon seit der Mitte des 8. Jahrhunderts gedacht. Heusler, Gewere S. 3.

[15]) Fränkische Gerichtsverfassung (es entscheidet die Majorität der boni homines) Lex. Rom. Cur. I, 4, 1; die boni homines werden oft erwähnt, vergl. Stobbe de lege Romana Utinensi (1853) p. 44 ff. Fränkische Commendation, Gaj. VI, 3. Paul. I, 4, 5 u. s. w. Stobbe p. 67. Das fränkische Reclamationsprivileg klingt in I, 9, 2 an. Re-

Dort reichte, wie die zahlreichen bairischen Urkunden zeigen, die altbairische Gerichtsverfassung mit dem Einen judex neben dem Grafen noch tief in die karolingische Zeit hinein. Aber nicht umsonst sind gerade in Baiern ebenso wie in Italien die meisten Gerichte nicht ordentliche, sondern missatische Gerichte, von den unmittelbaren Sendboten und Vertretern der kaiserlichen Majestät gehalten: sie sind das Mittel, die Frankonisirung auch des Baiernlandes zu bewerkstelligen. Noch im Lauf des neunten Jahrhunderts verschwindet der altbairische judex und die fränkischen Schöffen treten an seine Stelle.[16]) Ebenso verschwindet der altbairische Process, die eigenthümliche bairische Art des Zeugenbeweises wird durch den fränkischen Zeugenbeweis und durch den fränkischen Inquisitionsbeweis ersetzt.[17]) Und auf dem Gebiet des Privatrechts zeigen gerade die zahlreichen Zeugnisse der bairischen

---

vestire IV, 20. Inquisitio per testes XI, 12, 2. Fidem facere XXII, 12. XXIII, 9, 4. 5. Exfestucatio (estibulatio) XXIV, 2. Ammallare häufig, Stobbe p. 52. Fretus II, 18, 2. IV, 8, 1. 19, 1. Dagegen erinnert an langobardischen Einfluss der Ausdruck judiciaria XI, 4, XVII, 6, das cartam per sacramentum firmare (nach Massgabe richterlichen Ermessens) XI, 12, 3 und der Gebrauch von anteponere im Sinne von „ausnehmen" z B. XVIII, 1, vergl. Zeitschrift für Kirchenrecht IX, S. 224, Note 78, während allerdings die von Savigny, Gesch. des röm. Rechts I, S. 428 ff. und von Bethmann-Hollweg, Ursprung der lomb. Städtefreiheit S. 28 ff. zu Gunsten lombardischen Ursprungs der Lex vorgebrachten Gründe hinfällig sind (Stobbe, p. 4). Es liegt in der Natur der Dinge, dass Churräthien sowohl fränkischen wie langobardischen Einflüssen ausgesetzt war; doch zeigt die Lex Romana Curiensis, wie weitaus der fränkische Einfluss überwiegt. An alamannisches Recht könnte höchstens die Bestimmung über die Urtheilsschelte und den Rechtszug XI, 8, 3 (vergl. Alam. Hloth. 41, 3) erinnern, wenn hier nicht die Lex. Rom. Wisig. C. Th. XI, 13, 1 sehr bestimmt als Vorbild erkennbar wäre. — Die Capitula Remedii haben den salischen Königsbann von 60 sol., der jedoch vom Bischof erhoben wird (c. 3), und die salische Muntbrüche von gleichfalls 60 sol. (c. 6); der Mündigkeitstermin von 12 Jahren (c. 5) ist bekanntlich dem salischen und dem langobardischen Recht gemeinsam. Die Composition von 12 sol. (c. 7) würde mit dem alamannischen Compositionensystem stimmen, jedoch ist das Vorkommen dieser Busse zu vereinzelt, als dass sich Schlüsse daraus ziehen lassen.

[16]) Dies zeigt Beseler in der Zeitschr. f. R.-G. IX. S. 256 ff.

[17]) Dies zeigt Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis S. 41. 42.

Urkunden-Sammlungen für den Gebrauch der Investitur, einen wie übermächtigen Einfluss auch hier bereits das fränkische Privatrecht gewonnen hat.[18])

Eine Ausnahmestellung nimmt nur das römische Recht, von welchem wir später handeln werden, und das langobardische Recht ein.

Dem langobardischen Reich und dem langobardischen Recht war von vorne herein durch Karl den Grossen im fränkischen Reich eine Sonderstellung eingeräumt worden. Das Langobardenreich ward nicht zerstört, trotzdem es erobert wurde; es fuhr fort, innerhalb des fränkischen Reiches ein besonderes Reich für sich zu bilden, mit einem besonderen Reichstag, mit einer besonderen Hauptstadt, mit einer besonderen Verwaltung und, was uns hier besonders interessirt, mit einer besonderen Gesetzgebung ausgerüstet. Die capitula generalia, welche für das ganze Frankenreich erlassen waren und principiell auch für Italien Geltung beanspruchten, fanden thatsächlich in Italien keine Anwendung.[19]) Dort galten in Wirklichkeit nur die capitula Langobardica, die besonders grade für das Königreich Italien erlassenen Specialgesetze. Diese Thatsache war für die Entwickelungsgeschichte des langobardischen Rechts von entscheidender Bedeutung. Das Gros der Capitulariengesetzgebung, welche die Stammesrechte in allen Provinzen des Frankenreichs frankonisirte, blieb in Italien wirkungslos. Das Langobardenrecht ward der Vernichtung durch das Frankenrecht entzogen. Ja, es scheint von vorne herein bewusste Absicht Karls des Grossen gewesen zu sein, die Eigenthümlichkeiten des Langobardenrechts, im Gegensatz zu den übrigen Stammesrechten, schonend zu behandeln. Dem langobardischen Recht ward eine ähnliche Rücksicht, wie dem römischen Recht entgegen getragen. Es war eine ehrerbietige Scheu vor der römischen Nationalität und vor dem römischen Recht, dem letzten grossartigen Erzeugniss des

---

[18]) Die bairischen und alamannischen Zeugnisse über Investitur zählen zu den ältesten Belegen für diese Rechtshandlung, vergl. Heusler Gewere S. 3. Darüber, dass die Investitur fränkisch ist, s. weiter unten.

[19]) Boretius, Praefatio zum Liber Papiensis, bei Pertz Legg: IV, p. L.

klassischen Alterthums und dem letzten noch lebendigen Zeugen der nun versunkenen römischen Kaiserherrlichkeit, welche dem römischen Recht das Privileg verschaffte, der uniformirenden Gesetzgebung der barbarischen Frankenkönige principiell entzogen zu bleiben.[20] Eine ähnliche Scheu vor der hochbegabten, unter der Sonne Italiens früh gereiften langobardischen Nationalität und ein Gefühl von der die übrigen Barbarenrechte weit überragenden Entwickelungsstufe, welche das langobardische Recht schon unter den Langobardenkönigen erreicht hatte, scheint dem Langobardenrecht das gleiche Privileg verliehen zu haben. Es war ein ganz ähnlicher Vorgang, wie später im 16. Jahrhundert zu den Zeiten der Reception des römischen Rechts. Die unentwickelten Rechte Deutschlands waren es, welche von dem Strom des geistig überlegenen fremden Rechts hinweggerissen wurden, während da, wo, wie in Frankreich und England, ein ausgebildeter und seiner selbst bewusst gewordener Rechtszustand dem römischen Recht gegenübertrat, das altherkömmliche Recht bewahrt wurde. Das Langobardenrecht war bereits seit König Rother und König Liutprand mündig und seiner eigenen Principien inne geworden, und während das salische Frankenrecht die noch unreifen Rechte der Ribuarier, Alamannen, Baiern, Thüringer, Sachsen mit leichter Mühe über den Haufen warf, traf es in dem Langobardenrecht auf einen ihm innerlich gewachsenen, ebenbürtigen, ja in Bezug auf systematische Entfaltung und verstandesmässige Selbsterfassung sogar überlegenen Gegner. Deshalb machte die Siegeslaufbahn des fränkischen Rechts an den Grenzen Italiens Halt. Dies war die entscheidende Thatsache für die gesammte spätere Rechtsentwickelung. Zwar war es ein Akt gesetzgeberischer Weisheit, wenn Karl der Grosse und seine Nachfolger darauf verzichteten, Langobardenrecht und Römerrecht auszurotten; aber es waren zugleich damit die beiden einzigen Feinde am Leben gelassen, welche ihrerseits im Stande waren, dem fränkischen Recht gefährlich zu werden und welche denn auch,

---

[20]) Karl der Kahle im Edict. Pistense a. 864 c. 20 (Pertz I, p. 493): super illam legem (Romanam) vel contra ipsam legem nec antecessores nostri quodcumque capitulum statuerunt, nec nos aliquid constituimus.

als ihre Stunde geschlagen hatte, über die Alpen zogen, um nun wiederum das fränkische Recht zu überwältigen.

Aus dem Gesagten erklärt es sich, dass in Italien das fränkische Recht nur für das öffentliche Recht und was mit demselben unmittelbar zusammenhing, recipirt wurde. Für das Privatrecht, ja auch für bedeutende Theile des Process- und Strafrechts blieb das altlangobardische Recht wesentlich unverändert. So ward die Investitur von dem langobardischen Privatverkehr nicht recipirt,[21]) während sie in Folge fränkischen Einflusses im Process als Investitur durch den Richter[22]) und im Lehnrecht als Investitur des Vasallen aufgenommen wurde. Selbst auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts war die Einführung des fränkischen Rechts eine verhältnissmässig oberflächliche, sodass innerhalb der Gerichtsverfassung die Rechtsentwickelung auch Oberitaliens deutliche Neigung zu altlangobardischen Grundsätzen aufweist.[23])

Kehren wir nun zu dem eigentlichen Deutschland zurück, um hier für die Rechtsgeschichte des eigentlich deutschen Mittelalters die Triumphe des fränkischen Rechts uns klar zu machen.

Von vornherein erhellt, dass die ganze öffentliche Entwicklung im deutschen mittelalterlichen Reich nur eine Fortbildung der Grundlagen darstellt, welche das fränkische Recht gelegt hatte. Dies wird schon dadurch klar, dass die fränkischen Grafschaftseinrichtungen überall im deutschen Reich die Basis für die öffentliche Verwaltung bildeten. Aus der Grafschaft und den mit ihr verbundenen Rechten ist bekanntlich die Landeshoheit hervorgegangen. Auch im Einzelnen haben wir im deutschen Verwaltungsrecht überall die Nach-

---

[21]) Das oben (Note 7) citirte Cartularium Langobardicum Nr. 2. 3. 13. 15 schreibt ausdrücklich die symbolische Investitur (durch Messer, Halm, Handschuh etc.) mit Auflassung (warpire) nur für das Salichus, Ribuarius, Gothus, Alamannus, Gundobadus vor; Langobarden und Römer tradiren nur die carta. Jede langobardische Urkundensammlung aus fränkischer Zeit bestätigt diese Thatsache. Einige Belege z. B. z. Gesch. der Auflassung S. 95, 102 (Note), Brunner bei Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht XXII. S. 533, 534.

[22]) Zahlreiche Belege bei Ficker, Forsch. zur Rechtsgesch. Italiens I., S. 32 ff. Cartul. Langob. Nr. 20, 21.

[23]) Ficker, Forsch. III., S. 196 ff.

wirkung fränkischer Vorbilder. Die fränkische Zollverwaltung, die fränkische Münzverwaltung ging mit ihren Grundsätzen auf das deutsche Reich über. Als in den Städten die alte Grafschaftsverfassung sich auflöste und Zöllner, Münzer, Schultheiss zunächst unmittelbar unter dem Bischof die Träger der städtischen Verwaltung wurden, da waren es nur die bisherigen Subalternen der fränkischen Grafschaftsverwaltung, welche wie früher unter den Grafen, so jetzt direct unter dem Stadtherrn das Regiment führten. Auch die grundsätzliche Stellung, welche die deutsche mittelalterliche Verwaltung zu der grossen Frage nach dem Verhältniss zwischen Staat und Corporation einnahm, war durch die Ueberlieferung der fränkischen Zeit bereits festgegeben. Die Autonomie der Gemeinden, überhaupt das Prinzip der Freiheit eines jeden Vereins für seine innern Angelegenheiten, woraus die städtische Selbstverwaltung durch den Rath, überhaupt die Blüthe des deutschen Städtewesens hervorging, war nur eine Entfaltung von Ideen, welche das fränkische öffentliche Recht gepflanzt hatte.[24]) Aus diesem Grunde allein erklärt es sich, dass trotz der Auflösung des fränkischen Rechts doch die innere Entwicklung, das Städtewesen, das Zunftwesen in Frankreich, wie in Deutschland wesentlich den gleichen Weg ging. Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht in Frankreich und in Deutschland waren Abkömmlinge eines und desselben Vorfahren, des fränkischen Rechts.

Die gleiche Thatsache ist für die Geschichte der mittelalterlichen Gerichtsverfassung bekannt genug. Die fränkische Gerichtsverfassung mit dem Grafen und seinen sieben Urtheilfindern[25]) nebst der versammelten Gerichtsgemeinde war weit

---

[24]) Vergl. Zeitschr. für Kirchenrecht IX, S. 232 ff. Reichs- und Gerichtsverf. S. 231—233.

[25]) Da die Zahl der Urtheilfinder des fränkischen Rechts bekanntlich controvers ist, so möge es gestattet sein, hier die für die Siebenzahl entscheidende Stelle anzuführen. Sie findet sich in der gegen den Bischof Hinkmar von Laon bei dem Concil von Tuzy eingereichten Anklageschrift c. 4 (Mansi Concilia XVI. p. 585): Der König will in einer Beschwerdesache der Vasallen des Bischofs entscheiden. Isdem autem sine misso regis vel metropolitani, absentibus illis qui contra eum querebantur, contra leges publicas et ecclesiasticas septem homines quod sibi erat visum interrogavit, d. h. der Bischof entschied die Sache

davon entfernt, von vorne herein die gemeinsame Gerichtsverfassung der deutschen Stämme zu sein. Vielmehr finden wir bei den sämmtlichen übrigen germanischen Stämmen des Frankenreichs, deren ursprüngliche Verfassung wir noch zu erkennen im Stande sind, eine geradezu entgegengesetzte Organisation. Die gothische, burgundische, altalamannische, altbairische und ebenso die langobardische Gerichtsverfassung ruht auf dem selbsturtheilenden Einzelrichter. Der Gegensatz von Richter und Urtheilfindern, welcher in der fränkischen Gerichtsverfassung eine so grosse Rolle spielt, der fränkische Rechtssatz, dass der Richter des Volksgerichts das Urtheil nur fragen nicht aber finden soll, ist bei andern Stämmen unbekannt. Vielmehr ist hier die ordentliche Obrigkeit zugleich berufen, Richter und Urtheiler zu sein. Sie pflegt sich mit einem Beirath zu umgeben, aber sie ist an die Meinung dieses Beiraths nicht gebunden; das Urtheil ist allein ihr Urtheil, und sie allein für das Urtheil verantwortlich. Aus diesem Grunde zeigt hier die ordentliche Rechtsprechung schon früh die Neigung, sich an den Buchstaben des geschriebenen Gesetzes zu binden. Der westgothische Richter durfte nur über die Fälle richten, welche im Gesetzbuch ausdrücklich entschieden waren; die Parthei selber pflegte dem judex die Stelle des Gesetzbuchs vorzulegen, auf welche sie sich berief (librum legum judici offerre);[26]) der bairische judex musste im Gericht den liber legis bei sich führen; [27]) der langobardische Richter unterschied, ob er secundum edictum (nach geschriebenem Recht) oder secundum usum (nach ungeschriebenem Recht) oder secundum arbitrium (nach Willkür) urtheilte.[28]) Daher finden wir hier schon früh die Neigung zu rechtsgelehrter Erwägung und verstandesmässiger Begründung des

---

gegen den Willen des Königs im eigenen Lehnsgericht, vergl. Roth, Feudalität S. 229. Das septem homines interrogare ist das Befragen der Urtheilfinder. Selbstverständlich war das Lehnsgericht nach Vorbild des Landgerichts constituirt.

[26]) Vergl. z. B. Lex Wis. II, 1, 12 (Antiqua), eod. 10.

[27]) Lex Baj. II, 16.

[28]) Vergl. z. B. die Prologe Liutprand's im 13., 14., 15. Jahr seiner Gesetzgebung.

Urtheils:[29]) nicht umsonst ist gerade auf langobardischem Boden die Jurisprudenz des Mittelalters geboren worden. Es hängt gleichfalls damit zusammen, dass zur Rechtsprechung ein gewisses Mass erlernter Rechtskenntniss gehörte, und dass daher die ordentliche Obrigkeit es regelmässig vorzog, sich in der Rechtspflege durch eine geeignete Persönlichkeit vertreten zu lassen. Daher ist bei den Westgothen der ordentliche Richter (judex) mit dem vicarius comitis, dem Stellvertreter des Grafen, identisch;[30]) daher der burgundische judex deputatus; daher auch der alamannische und bairische judex, welcher in Folge fränkischen Einflusses in einen Beisitzer des Grafen sich verwandelt. Es mag nicht unbemerkt bleiben, dass die altalamannische und die altbairische Gerichtsverfassung die nächste Verwandtschaft mit der gothischen aufweist, eine Thatsache, welche mit der andern, sonst unerklärlichen, übereinkommt, dass gerade das ferne westgothische Volksrecht bei Aufzeichnung des altbairischen Rechts als Vorbild dienen musste: zwei unverächtliche Zeugnisse für ursprüngliche Rechts- und Blutsverwandtschaft dieser Stämme.

Diese, der fränkischen entgegengesetze Gerichtsverfassung ist im ganzen Umkreis des Frankenreichs (mit einziger

---

[29]) Vergl. z. B. die interessante langobardische Gerichtsurkunde etwa vom Jahr 750 mit der Erwägung, dass die Freilassungsurkunde älter sei als ein neues Gesetz Liutprand's, und daher nicht nach dem neuen, sondern nach dem alten Recht beurtheilt werden müsse. Codex diplom. Langob. (Monum. Patriae. XIII.) Nr. 73.

[30]) Den entscheidenden Beleg für diese Auffassung geben die Westgothischen Formeln Nr. 39, 40. Die Feststellung des von den Zeugen zu beschwörenden Tenor (conditio), d. h. das Beweisurtheil (Nr. 39) erfolgt durch den vicarius comitis: Ille vicem agens illustrissimi viri comitis illius has conditiones ex nostra praeceptione latas subscripsit. Daneben unterschreibt der Assessor (beide werden im Eingang als judices zusammengefasst): Ille has conditiones nostra coram praesentia latas subscripsi. Dass es sich nicht um römischen, sondern um westgothischen Process handelt, zeigt die westgothische Form des Zeugenbeweises (conditio). Das Endurtheil (Nr. 40) nennt die Richter arbitri, woraus wiederum folgt, dass der Graf nicht selber anwesend, sondern vertreten ist. Die Unterschrift des judex lautet: Ille hanc juditii paginam nostro in juditio latam subscripsit; die des Beisitzers: Ille rogitur a domino et fratre illo (dem judex) in hunc juditium ab ipso (dem judex) et nostra coram praesentia latam subscripsit.

Ausnahme Italiens, wo jedoch gleichfalls eine Umbildung erfolgte, vernichtet worden. In den altwestgothischen Theilen des Reichsgebiets ist seit der fränkischen Eroberung von dem westgothischen judex keine Spur mehr; nur der subalterne Gerichtsbüttel (sajo) ist übrig geblieben. Genau das Gleiche gilt von Burgund. In Alamannien und Baiern ist, wie schon früher bemerkt wurde, der judex in der karolingischen Zeit verschwunden. Wenn auch in Baiern und Oesterreich die Schöffeneinrichtung nicht festen Fuss fasste und bald wieder ihrerseits verschwand, so ist dennoch die ganze mittelalterliche Gerichtsverfassung Baierns und Oesterreichs fränkisch gedacht und keine Spur von einer Rückkehr zu altbairischen Gewohnheiten nachzuweisen. Das zeigt die festgehaltene Unterscheidung zwischen dem Richter und dem urtheilfindenden Gerichtsvolk, das zeigt namentlich das echte Ding, welches genau mit den Feierlichkeiten, den Fristen, der Dauer, wie das fränkische Recht sie ausgebildet hatte, überall in Baiern und Oesterreich den Mittelpunkt der Gerichtsverwaltung sowohl in den öffentlichen Gerichten, wie in den zahllosen privaten Gerichten, den Bergtaidingen, den Pantaidingen darstellt.[31]) Es bedarf wohl kaum eines Wortes, dass die Gerichtsverfassung, welche der Sachsenspiegel und mit ihm die gesammten sächsischen Quellen des deutschen Mittelalters vor uns aufrollen, lediglich Copie und Weiterentwicklung der fränkischen Gerichtsverfassung ist. Die fränkische Gerichtsverfassung beherrschte das ganze mittelalterliche Deutschland ohne Ausnahme.

Wir pflegen sie daher mit der deutschen Gerichtsverfassung zu identificiren. Sie war es, welche zur Zeit der Reception mit dem der fremden Rechte gelehrten Richter in Kampf gerieth, deren Untergang das 16. und 17. Jahrhundert sah, und

---

[31]) Vergl. für Baiern die zahlreichen Zeugnisse bei Maurer, Gesch. des altgermanischen Gerichtsverfahrens (1824) S. 102 ff.. und für Oesterreich die neuerdings erschienene beachtenswerthe Arbeit von Luschin v. Ebengreuth, Gesch. des älteren Gerichtswesens in Oesterreich ob und unter der Enns, Weimar 1879. Dazu die Anzeige bei Grünhut, Zeitschrift für das öffentliche und Privatrecht der Gegenwart VII. S. 419 ff.

deren letzte Reste in einzelnen Theilen Deutschlands noch bis hart an die Grenze der Gegenwart sich erhielten.

Zugleich dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht gehört das Lehnwesen des Mittelalters an. Bedarf es eines Wortes darüber, dass das Lehnrecht fränkischen Ursprungs war und dass mit dem Lehnwesen das fränkische Recht Besitz von den öffentlichen Einrichtungen des ganzen Abendlandes nahm? Die Vassallität, d. h. die fränkische Form des Gesindewesens, und das Beneficium, d. h. die gleichfalls bei den Franken besonders ausgebildete Form der unentgeltlichen Leihe, machten einen Eroberungszug über das ganze westliche Europa, ja darüber hinaus. Sie gestalteten in Deutschland, Frankreich, Italien, England zugleich die Grundbesitzverhältnisse und die Staatsverfassung von Grund aus um, und erzeugten den öffentlichen Rechts- und Besitzstand, aus dessen Vernichtung die moderne Gesellschaft hervorgegangen ist. Es ist, mit nur vereinzelten Abweichungen, das gleiche Lehnrecht, welches in den Libri feudorum, welches im sächsischen und schwäbischen Lehnrecht, welches in den französischen und englischen Quellen aufgezeichnet wird, nemlich das fränkische Lehnrecht, und indem der moderne Staat sich ausbildete, waren es überall die Trümmer des fränkischen Feudalwesens, aus denen er sich herauszuarbeiten genöthigt war.

Das Lehnrecht vermittelte die Zuständigkeit des Grundbesitzes für den niedern Adel. So verstand sich von selbst, dass auch die Verkehrsverhältnisse des Grundbesitzes in den Kreisen des Adels überall von dem gleichen Recht, d. h. von dem fränkischen Recht beherrscht wurden. Die Investitur des Lehnrechts war nur ein Anwendungsfall einer von dem fränkischen Grundbesitzrecht ausgebildeten Rechtshandlung. Mit dem Lehnwesen hat zugleich die fränkische Investitur den gesammten adligen Grundbesitz ebenso wie die Herzogthümer, Bisthümer und Grafschaften im ganzen abendländischen Europa in ihre Kreise gezogen.

Wir treten damit in die Grenzen des Privatrechts ein, und sehen auch hier das gleiche Schauspiel vor uns: das überall siegreiche Vordringen des fränkischen Rechts. Diese Thatsache soll an zwei besonders wichtigen Fällen, welche vorbildlich uns die ganze Privatrechtsentwicklung des Mittel-

alters zu veranschaulichen vermögen, erläutert werden: an der (landrechtlichen) Investitur und Auflassung und der damit zusammenhängenden rechten Gewere einerseits, und an dem ehelichen Güterrecht andrerseits.

Schon Merkel hat bei Gelegenheit die Ansicht geäussert, dass die Investitur, und zwar gerade auch die ursprüngliche, landrechtliche, der Uebertragung des Eigenthums dienende Investitur, fränkischen Ursprungs und erst durch Einfluss fränkischer Sitte in die übrigen Stammesrechte aufgenommen sei.[32]) Dagegen hat Heusler[33]) mit Bestimmtheit Widerspruch erhoben. Er hält die Investitur für gleich ursprünglich bei den verschiedenen deutschen Stämmen und ist der Ueberzeugung, dass der „innerste Kern derjenigen Handlung, welche die karolingische Periode mit dem Namen der investitura bezeichnet, ganz gewiss urdeutsches Recht und bei allen Stämmen althergebracht war, hervorgerufen durch das Bedürfniss einer möglichst prägnanten Form der reellen Besitzergreifung.“ Als der „Kern,“ um welchen sich die Frage dreht, wird von Heusler zutreffend ein „formaler Act der Besitzeinweisung“ bezeichnet. Gewiss kann es sich nicht um den Namen, noch um dies oder jenes Symbol, noch auch andrerseits um die Besitzeinweisung schlechtweg (welche selbstversändlich nie und nirgends gefehlt hat), sondern nur darum handeln, ob die feierliche, rechtsförmliche Besitzeinweisung, welche bei den Franken Investitur heisst, eigenthümlich fränkisch oder gemein-germanisch ist.

Auf den ersten Blick scheint diese Frage schwer zu entscheiden, zumal wir über die fränkische Investitur erst durch karolingische Zeugnisse genauer unterrichtet werden, d. h. für eine Zeit, wo die Investitur wie bei den Franken, so auch bei Alamannen, Baiern, Burgunden, Gothen in voller Uebung war. So macht denn auch Heusler zu Gunsten seiner Ansicht geltend, dass die fränkischen Zeugnisse für Investitur nicht älter seien als z. B. die alamannischen und bairischen. Dennoch besitzen wir ganz bestimmte Anhaltspunkte, welche nach meiner Ansicht gegen Heusler den Ausschlag geben.

---

[32]) Zeitschr. für Rechtsgesch. II, S. 155.

[33]) Gewere S. 2—5.

Wir kennen das westgothische Recht aus zahlreichen Zeugnissen genau genug. Nirgends begegnet hier eine rechtsförmliche Besitzeinweisung, welche mit der Investitur sich vergleichen liesse. Vielmehr ward nach westgothischem Recht das Eigenthum an Grundstücken durch formlose Besitzübergabe (traditio) oder (und dies bildete augenscheinlich die Regel) durch Uebergabe einer Urkunde, scriptura, veräussert. Die Uebergabe der Urkunde war nicht eine Form der Besitzeinweisung, denn sie erfolgte fern vom Grundstück (wenn quod donatur, longe sit positum), noch galt sie als symbolische Besitzübertragung, denn sie liess das Eigenthum übergehen, obgleich der Besitz noch nicht für erworben galt.[34]) Mit anderen Worten: das westgothische Recht kennt keine Investitur. Nichtsdestoweniger sehen wir sofort in den Theilen des westgothischen Rechtsgebiets, welche der fränkischen Herrschaft unterworfen worden, Namen und Sache der Investitur auftreten; die Investitur im Languedoc und der spanischen Mark ist nicht westgothischen, sondern fränkischen Ursprungs.[35])

Genau das Gleiche gilt vom langobardischen Recht. Der formale Veräusserungsact des langobardischen Rechts war für den Grundbesitzverkehr, ebenso wie bei den Westgothen, die Uebergabe der Urkunde, und zwar scheint hier die traditio cartulae die einzige Rechtsform für den Grundbesitzverkehr

---

[34]) Lex Wisig. V, 2, 6: Die Schenkung wird durch Besitzübertragung oder durch Begebung der Urkunde vollzogen, aber unwiderruflich wird sie nur durch Besitzerwerb; die per scripturam vollzogene Schenkung ist in bestimmten Fällen widerruflich, d. h. der Besitz ist von Rechtswegen noch nicht übergegangen. Daher der Gegensatz: sive per traditionem conditae scripturae, sive per consignationem vel traditionem rerum. Wenn trotzdem die Uebergabe der Urkunde als „vera traditio" bezeichnet wird, so ist hier traditio im deutschrechtlichen Sinn für „Veräusserung" genommen und die „wahre Tradition" stellt, wie ähnlich in anderen Fällen, in Wirklichkeit keine Tradition dar. Vergl. IV, 5, 3: seu per traditionem rei, seu per scripturam sive donationem cujuslibet rei, vel coram testibus traditae, wo scriptura und donatio gleichbedeutend und die Zeugen Beweiszeugen sind.

[35]) Vergl. oben Note 12. Dass Heusler S. 4 aus den Urkunden bei Vaissette und Baluze nichts für den altwestgothischen Ursprung der Investitur beweisen kann, liegt auf der Hand; mit gleichem Recht würde man die Schöffenverfassung, welche dieselben Urkunden zeigen, für altwestgothisch erklären können.

(also mit Ausschluss der einfachen formlosen Tradition) gewesen zu sein. Durch Uebergabe der Urkunde wird das Rechtsverhältniss am Grundstück in rechtlich vollkommener Weise begründet. Es bedarf der Besitzübertragung nicht, und wenn auch die Urkunde, wie es häufig der Fall ist, das Recht der formlosen eigenmächtigen Besitzergreifung einräumt, so ist doch die Uebergabe der Urkunde selbst noch nicht die Uebergabe des Besitzes.[36]) Ja, selbst nach der Einverleibung Italiens in das fränkische Reich ist, wie schon früher hervorgehoben, die Investitur vom langobardischen Landrecht nicht recipirt worden.[37])

---

[36]) Daher sagt die Expositio § 6 zu Otto I. 1. (Legg. IV) p. 569: — quislibet sola carta potest predium acquirere, licet non sit in possessione: et in hoc legem Romanam rumpit, que ostendit, rerum dominium non posse adquiri, nisi usucapionibus et traditione, id est si fuerit missus in possessionem. — Ueber die einseitige Besitzergreifung, welche auf Grund der durch carta vollzogenen Veräusserung erfolgte, konnte eine notitia aufgenommen werden, wie die Mailänder Zeugnisse Cod. dipl. Langobardiae Nr. 155. (a. 844) 161 (a. 847) u. s. w. zeigen, und ward diese Art der Besitzergreifung der fränkischen Investitur parallelisirt und, in Folge fränkischen Einflusses, revestitio genannt. Der langobardische Erwerber meinte (und mit Recht) durch die carta noch nicht investirt zu sein. Die einseitige Besitzergreifung andrerseits war gleichfalls in Wirklichkeit nicht etwa Selbstinvestitur (was ein Widerspruch in sich selbst ist), sondern das Gegentheil der Investitur, weil das Wesen der Investitur in einem zweiten, rechtlich erforderlichen Veräusserungsact, und darum in einer zweiten Handlung des bisherigen Eigenthümers besteht. Nach fränkischem Recht ist eigenmächtige Besitzergreifung daher erst nach vorausgegangener Investitur gestattet, während nach langobardischem Recht schon die traditio cartae zur einseitigen Besitzergreifung ermächtigen kann, denn es bedarf keiner Investitur; das Eigenthum wird durch ein einziges Veräusserungsgeschäft (die Uebergabe der Urkunde) übertragen.

[37]) Vergl. oben Note 8. 21. Wenn Heusler S. 5 der Ansicht ist, dass das Cartul. Langob. bei Hervorhebung der Verschiedenheiten der Uebertragungssolennitäten nach den einzelnen Stammesrechten „die investitura mit keiner Silbe erwähnt," so widerlegt ihn der Augenschein. Die Mailänder Investiturbreven, auf welche Heusler S. 4 sich bezieht, sind vielmehr Zeugnisse für die eigenmächtige Besitzergreifung langobardischen Styls, vergl. die vorige Note. Nur die Urkunde Cod. dipl. Langob. No. 145 v. J. 842 handelt von einer echten Investitur durch solenne Besitzeinweisung seitens des Veräusserers — und diese Urkunde bezieht sich, wie sie ausdrücklich bemerkt, auf Investitur durch einen Alamannen, d. h. sie zeigt aufs Neue, dass die Investitur dem

Einen dritten in die Augen springenden Beleg giebt das sächsische Recht. Bei den Angelsachsen finden wir vor der normannischen Eroberung keine Spur der Investitur; die Veräusserung des Grundstücks zu vollem Recht wird auch hier durch Uebergabe der Urkunde (bôc) vollzogen; erst mit den Normannen, d. h. also mit dem fränkischen Recht ist die Investitur nach England gekommen.[38]) Wenn dagegen bei den festländischen Sachsen die Investitur sofort nach der fränkischen Eroberung auftritt,[39]) so bleibt nur die eine Erklärung übrig, dass der Gegensatz des sächsischen und des angelsächsischen Rechts durch die Einwirkung des fränkischen Rechts herbeigeführt ist.

So sehen wir vom fränkischen Rechtsgebiet aus die Investitur sich strahlenförmig in das westgothische, burgundische, sächsische Rechtsgebiet, theilweise (für das Lehnrecht und

---

fränkischen Recht (nach welchem der Alamanne handelt) bekannt, dem langobardischen Recht aber unbekannt ist. Im Uebrigen bemerkt Heusler S. 4 selber: „Während die von Franken und Alamannen in Italien ausgestellten Veräusserungsurkunden immer von investitura reden, beobachtet der langobardische Veräusserer Stillschweigen darüber." — Dass auf dem Gebiet des Lehnrechts die fränkische Investitur recipirt wurde, ist schon bemerkt. Auf dem Gebiet des Leiherechts stand der contractus libellarius, d. h. die Leihe in langobardischer Form (durch Uebergabe der carta, des libellus) als die Regel neben der seltener vorkommenden „investitura," der Leihe in fränkischer Form, vergl. zur Gesch. der Auflass. S. 113.

[38]) Vergl. Schmid, Gesetze der Angelsachsen, Glossar S. 537 s. v. bôc. K. Maurer in der krit. Ueberschau I, S. 107 ff.

[39]) Vergl. Heusler, S. 3. — Als altsächsisch erscheint der Gebrauch der Hand bei feierlichem Gelöbniss, welcher Ann. Lauriss. a. 777 (Pertz Script. I, p. 158) erwähnt wird: ibique multitudo Saxonum baptizati sunt et secundum morem illorum omnem ingenuitatem et alodem manibus dulgtum fecerunt si amplius immutassent. Dass der Gebrauch der Hand nach eigenthümlich sächsischem Ritus in dem Aufrichten oder Krümmen des Fingers bestand, und ursprünglich obligatorische Bedeutung hatte, erhellt aus den von Grimm R.-A. S. 141 zusammengestellten Urkunden, zugleich, dass dieser Ritus später mit der fränkischen Auflassung verbunden wurde. Besonders interessant ist die Urkunde aus dem 11. Jahrh. (Grimm, R.-A. S. 128): fecit abnegationen praedii — primo incurvatis digitis secundum morem Saxonum — et deinde abnegationem fecit cum manu et festuca more Francorum. Ebendaselbst Zeugnisse für den Gebrauch der fränkischen exfestucatio in Westfalen.

für die deutschen Einwanderer) auch nach Italien, später, seit der normannischen Eroberung, nach England ausbreiten. Ueberall ist es in den genannten Fällen die Einwirkung des fränkischen Rechts, welche die bis dahin unbekannte Investitur einbürgert.

Nun müssen wir für das alamannische und bairische Rechtsgebiet, welche allein noch als zweifelhaft übrig bleiben, betonen, dass die Annahme Heusler's von der Gleichaltrigkeit der alamannischen und bairischen Investiturzeugnisse mit den fränkischen wegfällig wird, sobald wir in der Auflassung der merovingischen Urkunden die symbolische Investitur erkennen. Seit der Mitte des 7. Jahrhunderts finden wir in den merovinger Königsdiplomen und den Urkunden der Hausmeyer die Auflassung (per festucam se exitum facere) des unterliegenden Beklagten oder Scheinbeklagten.[40]) Mit anderen Worten: das fränkische und zwar das salisch-fränkische Recht hat schon in der Mitte des 7. Jahrhunderts die symbolische Investitur (wenn auch zunächst nur für das Verfahren im Königsgericht) ausgebildet, ein um so sichrerer Beleg dafür, dass die reale Investitur nicht blos gleichzeitig, sondern noch erheblich älter ist. Wir können damit den urkundlichen Beweis als erbracht ansehen, dass das salische Recht die reale Investitur jedenfalls seit Beginn der merovingischen Zeit gehabt hat, während für Alamannien und Baiern die Investitur erst seit Mitte des 8. Jahrhunderts nachweisbar ist. Das alamannische und bairische Volksrecht gedenken nicht blos der Investitur mit keiner Silbe;[41]) wir sehen vielmehr geradezu,

[40]) Vergl. die merovingischen Processurkunden Pertz Dipl. I, M. 35 (a. 658). 73 (a. 709. Scheinprocess). A. 16. 18. 21. 22 (a. 746—750). Recht der Eheschliessung S. 48. zur Gesch. der Auflassung S. 90. Das per vadium reddere oder revestire, welches A. 16. 21. 22 neben der exfestucatio genannt wird, habe ich Eheschliessung S. 45 Note. Auflassung S. 92 Note 21 von einem Strafversprechen verstanden. Obgleich diese Erklärung nicht ohne Gründe ist, so erscheint doch auch die (durch spätere Zeugnisse gestützte) Auffassung als möglich, dass in dem per vadium reddere oder revestire die Uebergabe des Apprehensionssymbols zu sehen ist, so dass auch nach diesen Zeugnissen (vergl. Auflassung S. 92) die symbolische Investitur, gleich der realen, die beiden Handlungen, den Auflassungsakt und den Apprehensionsakt ursprünglich für die Regel vereinigt, eine Thatsache, welche auch durch das Cartul. Langob. (oben Note 21) belegt wird.

dass hier, wie bei Westgothen, Langobarden, Angelsachsen, die Begebung der Urkunde als rechtlich vollkommener Veräusserungsact in Gebrauch war.[42]) Alles spricht dafür, dass die Investitur bei den Franken ursprünglich, bei Alamannen und Baiern aber nicht ursprünglich war.[43])

Nehmen wir hinzu, dass für die Investitur innerhalb des fränkischen Machtgebiets überall der gleiche Name, die gleiche Rechtswirkung, die gleiche Rechtsform, die gleiche geschichtliche Entwicklung, der gleiche Uebergang von der realen zur symbolischen Investitur vor uns auftritt, dass nachweislich Westgothen, Burgunden, Sachsen, Angelsachsen von ihrem alten Recht zur Investitur übergegangen sind, dass mit der Verbreitung des fränkischen Lehnrechts die Verbreitung der feudalen Investitur gleichen Schritt hielt, so ergiebt sich als einzig mögliches Resultat, dass die Investitur von einem einheitlichen Mittelpunkt aus sich verbreitet, dass sie vom fränkischen Recht ausgegangen und von den übrigen Stammesrechten lediglich recipirt ist.[44]) Daher diese Uniformität der Rechtsgebräuche, daher diese Uniformität der Rechtssprache, soweit es sich um den Besitz an Grundstücken, um

---

[41]) Die Stelle der Lex Bajuv., welche die Wendung: vestita est illius manus, hat, erscheint als späterer Zusatz, vergl. die Ausgabe von Merkel bei Pertz, Legg. III. p. 337.

[42]) Lex Alam. Hloth. I, 1. Lex. Baj. I, 1: Et tunc ipsam epistolam ponat super altare et sic tradat ipsam pecuniam coram sacerdote. — Aus der bekannten Stelle Alam. 87, wo der ramus cum cespite nicht zum Zweck einer Besitzübertragung (an den Grafen), sondern nur zum Zweck des Gottesurtheils (tangant ipsa terra cum spatas suas) gebraucht wird, lässt sich schwerlich ein der fränkischen Investitur analoger altalamannischer Gebrauch für den Privatverkehr folgern. — Ueberhaupt darf nicht übersehen werden, dass das Privateigenthum an Grund und Boden verhältnissmässig jung ist und ein Grundbesitzverkehr erst seit der Reichsgründung, d. h. seit der Berührung mit römischem Recht und römischer Schrift eine Rolle spielt.

[43]) Wie weit die skandinavische scotatio ein Analogon der fränkischen Investitur darstellt, bedarf noch der Untersuchung.

[44]) Es folgt aus dieser Thatsache zugleich ein Resultat für die zwischen Brunner und mir verhandelte Frage, ob die traditio cartae als symbolische Investitur aufzufassen sei. Vergl. Brunner in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsr. XXII, S. 529 ff. Carta und Notitia (Festgabe für Mommsen 1877) S. 9—12. Dagegen zur Gesch. der Auflassung (Festgabe für Thoel 1879) S. 101, Note 30. Es ist jetzt nemlich

investitura und Gewere handelt. Wie das fränkische Lehnrecht, so ist das fränkische Landrecht, voran die Investitur des Landrechts, vom Abendlande aufgenommen worden.

---

klar, dass bei den Stämmen, welche die Begebung der Urkunde (traditio cartae) als rechtlich vollkommenen Veräusserungsact haben, die Investitur überhaupt, also auch die symbolische Investitur, unbekannt ist, folglich auch die traditio cartae keine Investitur sein kann, während umgekehrt bei den Franken, welche die Investitur haben, die Investitur, auch die symbolische, neben der traditio cartae steht, d. h. auch hier die traditio cartae als solche noch keine Investitur ist. Es genügt zur Veranschaulichung, das Cartularium Langobardicum einzusehen. Der Langobarde überträgt das Eigenthum oder das sonstige Recht am Grundstück durch blosse Uebergabe der carta, d. h. durch blosse solenne (nemlich urkundliche) Erklärung seines Veräusserungswillens: die traditio cartae, die urkundliche Erklärung des Verkaufs-, Schenkungs-Willens (der fränkischen Sale entsprechend), ist für ihn bereits das rechtlich vollkommene, für den Erwerb des Eigenthums u. s. w. einer Ergänzung nicht bedürftige Rechtsgeschäft; es bedarf keiner Investitur; der Erwerb des Besitzes am Grundstück ist nur von possessorischer Bedeutung. Für den Franken dagegen ist die traditio cartae, welche eben nur Perfection der Sale ist und keine Gewere giebt, noch nicht genügend für den Eigenthumserwerb. Nach fränkischem Recht geht das Eigenthum erst in dem Moment des Besitzerwerbes, und zwar des solennen Besitzerwerbes, über. Daher bedarf es ausser der traditio cartae, d. h. ausser der Sale, der Investitur, welche, dem Recht des 10. Jahrhunderts entsprechend, symbolisch, durch Uebergabe der Apprehensionssymbole und durch Auflassung geschieht. Wo die traditio cartae der rechtlich vollkommene Erwerbsact ist (wie bei Langobarden u. s. w.), da giebt es keine Investitur, und wo es eine Investitur giebt (wie bei den Franken), da ist die traditio cartae nicht der rechtlich vollkommene, sondern vielmehr der durch Investitur zu ergänzende Erwerbsact. Kurz ausgedrückt: die carta dient der Sale, nicht aber der Gewer. Bei Langobarden u. s. w. wird das Grundeigenthum durch blosse Sale, bei den Franken aber nur durch Sale und Gewer erworben. Wie die investitura selber, so ist auch der Gegensatz von traditio und investitura (hervorgegangen aus der Anschauung von der rechtlich unvollkommenen Kraft der blossen Schrift) dem fränkischen Recht eigenthümlich und erst vom fränkischen Recht auf die andern Rechte übertragen. — Es liegt überhaupt in der Natur der Sache, dass die symbolische Investitur nicht ursprünglich ist, sondern die reale Investitur zur geschichtlichen Voraussetzung hat, dass daher nothwendig die Symbole der symbolischen Investitur aus den Symbolen der realen Investitur hervorgehen. So ist es denn auch bei den Franken nachweislich gewesen. Die carta aber erscheint aus leicht erklärlicher Gründen nirgends als Symbol der feierlichen realen Besitzeinweisung

Die Auflassung ist ein ebenfalls eigenthümlich fränkischer Bestandtheil[45]) dieser fränkischen Investitur. Sie ist der durch Halmwurf vollzogene feierliche Besitzverzicht des investirenden Veräusserers (per festucam se exitum dicere, exfestucatio, warpitio), welcher den Moment des Besitzwechsels zugleich solennisirt und signalisirt. Sie wird ursprünglich mit der realen Investitur als Schlussact derselben auf dem Grundstück selber (also stets aussergerichtlich) vorgenommen. Später wird sie Bestandtheil der symbolischen Investitur, welche irgendwo ausserhalb des Grundstücks (z. B. im Gericht) zum Zwecke symbolischer Besitzübertragung geschieht. Indem sie auch bei der symbolischen Investitur zunächst mit einem (symbolischen) Apprehensionsact sich verbindet und demselben nachfolgt, bringt sie die Vollkommenheit des Veräusserungswillens, für die Regel den Willen, das volle Eigenthum vorbehaltlos zu veräussern, zum rechtlichen Ausdruck. In Folge dessen wird sie das Kennzeichen der Veräusserung zu vollem Recht, während die Investitur durch blossen Apprehensionsact (ohne Auflassung) das Kennzeichen der Uebertragung zu abhängigem Recht (z. B. Lehnrecht) darstellt. Das klassische Mittelalter lässt daher den Apprehensionsact neben der Auflassung fallen: die Auflassung allein bedeutet die symbolische Investitur zu vollem Recht, wie die (symbolische) Apprehension allein die Investitur zu unvollkommenem Recht. Die Auflassung wird die Investitur des Landrechts (zu Eigenthum), wie die Apprehension (jetzt im engeren Sinne Investitur genannt) die Investitur des Lehnrechts.[46]) In der Form der Auflassung hat die fränkische Investitur von dem landrechtlichen Grundbesitzverkehr, wie in der Form der feudalen

---

in das Grundstück. Daraus folgt, dass sie ausser Stande ist, der alleinige Träger einer symbolischen Investitur zu sein, dass vielmehr, wo die traditio cartae von vornherein als der einzig relevante Act der Eigenthumsübertragung erscheint, der Gedanke der Investitur, der realen wie der symbolischen, überhaupt unbekannt ist.

[45]) Daher werden im Cartularium Langobardicum nur der Salichus und die „caeteri" angewiesen, nach Uebergabe der Apprehensionssymbole das se warpire, d. h. die Auflassung, vorzunehmen.

[46]) Für diese Resultate kann ich mich jetzt auf den Aufsatz zur Geschichte der Auflassung beziehen.

Investitur von den lehnrechtlichen Rechtsgeschäften des Mittelalters Besitz ergriffen.

Die vorherrschende Form, welche die Auflassung im spätern Mittelalter aufweist, ist die gerichtliche Auflassung. Da die gerichtliche Auflassung die deutschrechtliche Wurzel unserer heutigen Grundbucheinrichtungen darstellt, so steht insofern noch heute der Grundbesitzverkehr im ganzen gebildeten Europa auf den Grundlagen, welche einst das fränkische Recht gelegt hatte. Zugleich vermögen wir an Wesen und Wirkung der gerichtlichen Auflassung für das deutsche Mittelalter am besten den allgewaltigen Einfluss des Frankenrechts zu veranschaulichen.

Ursprung und Wesen der gerichtlichen Auflassung kann noch heute nicht als hinlänglich aufgeklärt gelten. Der Versuch, die schwierige Frage zu lösen, kann nur von einem allgemeineren Princip aus unternommen werden, welches gleichfalls gerade im fränkischen Recht eine besondere Rolle spielt. Dies Princip lautet dahin, dass die Vollziehung eines Rechtsgeschäftes vor einem Dritten gleich ist der Vollziehung des Rechtsgeschäftes durch diesen Dritten. Die Rechtshandlung vor dem Dritten ist nur die abgekürzte Form für die Rechtshandlung durch diesen Dritten. So ist es nach fränkischem Recht gleich wirksam, ob die Freilassung per denarium durch den König, oder ob sie nur vor dem König vollzogen wird. Beide Formen wechseln als gleichwerthig mit einander ab,[47]) und in beiden Fällen ist die Wirkung die gleiche: der Freigelassene erwirbt die volle Freiheit eines Franken und die Aufnahme in den exercitus Francorum, weil er seine Freiheit nicht durch blossen Privatact seines Herrn (die private Freilassung war nach ursprünglichem fränkischem Recht ungültig), sondern durch den König, den Herrn und Vertreter des fränkischen Volkes und Staates, empfangen hat; auch die Freilassung vor dem König stellt rechtlich eine Freilassung durch den König dar. Ein andres Beispiel bietet die Affatomie. Sie wird nach der Lex Salica (tit. 46) im Echtending oder ante regem, nach der Lex Ribuaria (tit. 48) in praesentia regis, also vor dem König vollzogen. Zwei fränkische Formeln aus

[47]) Dies zeigen die Formeln Rozière 55—61.

dem siebenten Jahrhundert zeigen uns, dass die Affatomie „per manu“ des Königs geschieht, dass durch laisoverpire zunächst das Eigenthum auf den König, und erst dann durch den König auf den dritten Bedachten übertragen wird.[48]) Die Vergabung vor dem König ist mit der Vergabung durch den König gleichbedeutend. Der letzte Fall steht bereits mit der gerichtlichen Auflassung genau auf gleicher Linie. Es erhellt nach dem Vorigen, dass die Auflassung vor dem Richter juristisch eine Auflassung durch den Richter darstellt, eine Thatsache, welche zum Ueberfluss durch die Zeugnisse über die gerichtliche Auflassung direct bestätigt wird. Die Auflassung vor dem Richter und die Auflassung durch den Richter wechseln als gleichbedeutend mit einander ab.[49]) Es ist bekannt, dass später im Gebiet des gemeinen Sachsenrechts die gerichtliche Auflassung stehend in der Form der Auflassung zunächst an den Richter und dann erst durch den Richter an den eigentlichen Erwerber vollzogen wird.[50]) Die gerichtliche Auflassung bedeutet, dass der Erwerber sein Recht nicht unmittelbar aus der Hand des Veräusserers, sondern aus der Hand des Richters empfängt, und, wo die gerichtliche Auflassung obligatorisch, d. h. die einzig zulässige Form für die Immobiliarveräusserung ist, da ist die unmittelbare Eigenthumsveräusserung verboten und nur die mittel-

---

[48]) Form. Marculfi 12. 13 (Rozière 253. 216).

[49]) Codex diplomaticus Anhaltinus (Dessau 1867) II, No. 83 (a. 1226): vendiderit et titulo venditionis per manus nobilis viri B. comitis Norturingiae in forma judicii tradiderit, approbantibus venditionem et traditionem ipsam judicialibus scabinis et super ea dictantibus sententiam legum terre. Die Urkunde No. 201[a] (a. 1253) lässt den vorsitzenden Grafen, dem das Gut früher gehört hatte, aber jetzt nicht mehr gehört, selber die Auflassung vornehmen mit Consens seiner Erben, auf Antrag des jetzigen Veräusserers (in provinciali placito secundum morem nostre provincie resignantes, heredes quoque nostri renunciantes omnes). Zahlreiche andere Zeugnisse bei Grimm, R.-A. S. 201, und namentlich Stobbe in Ihering's Jahrb. XII, S. 193 ff., jetzt auch R. Bewer, Sala, traditio, vestitura (Rostock 1880) S. 68—70.

[50]) Daher die Bezeichnung als gerichtliche Lehnsreichung (allodialis investitura), vergl. Haubold, Lehrbuch des kgl. sächsischen Privatrechts, Leipzig 1820, S. 190, 191. G. Schmidt, Vorlesungen über das im Königreich Sachsen geltende Privatrecht, Leipzig 1869, I, S. 209. Stobbe, die Auflassung, in Ihering's Jahrb. XII, S. 214.

bare, durch die Hand der Obrigkeit hindurchgehende Veräusserung des Grund und Bodens verstattet.

Die gerichtliche Auflassung bedeutet keineswegs, wie früher allgemein angenommen wurde, eine inhaltlich bedeutungslose Solennität. Sie ist ebensowenig, im Gegensatz zu der von Laband scharfsinnig begründeten Ansicht,[51]) eine Handlung von lediglich processualischem Inhalt und processualischen Folgen. Der Scheinprocess, welchen Laband und mit ihm die jetzt herrschende Meinung als das Wesen der gerichtlichen Auflassung denkt, ist für das spätere Mittelalter durchaus nicht als der normale Bestand derselben vorzustellen. Vielmehr beschränkt der Thatbestand der gerichtlichen Auflassung nach dem gemeinen Landrecht des klassischen Mittelalters sich auf die Vollziehung der symbolischen Investitur (Auflassung) vor Gericht, ohne Klage und ohne Antwort und ohne Erbittung eines streitentscheidenden Urtheils, d. h. ohne (Schein-)Verurtheilung des Beklagten. Auf die Auflassung folgt lediglich die Urtheilsfrage, ob „recht" gegeben sei, so dass Niemand berechtigt sei, die Gabe anzufechten, und nach bejahendem Urtheil und sodann geschehener dreimaliger Umfrage, ob Jemand Widerspruch erhebe, die „Bestätigung" der Gabe durch das Friedewirken des Richters mit nachfolgender gerichtlicher Einweisung und dreitägigem Innesitzen des Erwerbers.[52]) Mit andern Worten: die

[51]) Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, Königsberg 1869, S. 236 ff.

[52]) Ein genaues Bild von der landgerichtlichen Auflassung des sächsischen Rechts zur Zeit des Sachsenspiegels giebt die Urkunde des Cod. dipl. Anhaltinus II, No. 220 (a. 1256): O. et H. comites de Regensten bekunden, quod d. H. miles de Hersleve quasdam proprietates — cenobio W. vendidit et, secundum quod jus et consuetudo terre exigit, tradidit coram nobis, cujus rei processum et ordinem — presentibus duximus exprimendum. Instaurato judicio et secundum jus et terre consuetudinem sedente pro tribunali prefecto nostro H. de Bl., d. H. de Hersleve et sorores sue et alii heredes — dicte proprietati renunciantes in totum cenobium H. — contulerunt, scrinio reliquiarum illius loci, quod nobiles matrone — secum deportaverant, suis manibus imponentes. Cumque secundum jura terre nostre fuisset ab hominibus illis qui liberi vocantur et qui secundum suam conditionem debent hujusmodi donationibus interesse, diligentius perquisitum (Urtheilsfrage der Parthei), si donatio esset facta juste et ydonee, quod deberet

gerichtliche Auflassung des klassischen Mittelalters ist formell als eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit

---

inviolabiliter observari, fuit ab eis per sententias, ut consuevit fieri sic responsum, quod omnia rite processerint et nichil fuerit de contingentibus pretermissum. Igitur prefectus requirens, si contra donationem hujusmodi aliquis haberet aliquid questionis, et trina inquisitione facta non appareret aliquis contradictor, sub banno regio cum sententiis, ut moris est, dicte proprietati firmam pacem induximus, jamdictas matronas nomine cenobii prefati in possessionem bonorum cum personis ad hoc deputatis et nuncio publico H. de Hersleve nomine inmittentes, que eandem proprietatem per triduum continuum corporaliter possederunt, et, sicut consuevit fieri, permanserunt in ipsa. Dass diese Urkunde wirklich, wie sie durch ihr unermüdliches ut consuevit, ut moris est, versichert, den gemeinen Gebrauch wiedergiebt, bestätigt sich durch zahllose Beispiele, z. B. Cod. dipl. Anhalt. I, No. 168. 337. 354. 366. 399. 413. 419. 474. 516. 547. 710. 712. 779. II, No. 11. 46. 47. 65. 68. 70. 83. 116. 201 (a. 1107—1253) u. s. w. Cod. dipl. Quedlinburg. No. 36 (a. 1197). 98 (a. 1246). Urkundenbuch der Stadt Halberstadt (Geschichtsquellen der Provinz Sachsen, Bd. 7) No. 140 (a. 1274). 268 (a. 1295) u. s. f. — Dass aber dieser Hergang der gerichtlichen Auflassung keineswegs eigenthümlich sächsisch, sondern gemeines fränkisches Herkommen ist, bezeugen gleichfalls zahllose fränkische Urkunden, z. B. die besonders interessanten Aachener Urkunden, welche H. Lörsch in der Zeitschr. des Aachener Geschichtsvereins Bd. I. S. 120 ff. (auch besonders abgedruckt unter dem Titel: Aachener Urkunden aus dem 13., 14. und 15. Jahrh., Aachen 1879) mitgetheilt hat, z. B. No. 6 (a. 1279): H. civis Aquensis — comparuit coram judicibus, scabinis et aliis civibus Aquensibus — et — omnia bona hereditaria — predicto contulit Godefrido, ad opus cujus et usus quoad predicta bona mortuum sese fecit, renunctians predictis bonis cum calamo — ita quod de hiis bonis posset suam libere facere voluntatem. Quod cum predicto Godefrido sic factum esset, ipse fecit experiri in sententia, si predicta bona sibi taliter data essent, quod de eis suam bene posset facere voluntatem. Et lata est justa sententia per consensum, quod predicta bona eidem Godefrido tam rite ac legaliter data essent, quod de hiis suam bene posset facere voluntatem, dare quoque posset ea cui vellet, et cui eadem daret, illi deberent rata et stabilia permanere. Quo facto predictus Godefridus — supradicta bona — fratri H. de C. nomine — abbatis et conventus de C. ad opus et usus eorundem contulit liberaliter, renuncians ad opus et usus ipsorum predictis bonis et se exuens ipsos de dictis bonis protinus investivit (die Auflassung ist symbolische Investitur). Quibus rite — peractis, — frater H. pro se et — abbate et conventu suo petiit in sentencia experiri, si eis supradicta bona taliter essent data, quod eis hec deberent firma merito per-

gestaltet.[53]) Allerdings aber folgt auf die vollzogene Auflassung, wie bemerkt, ein Verfahren mit Urtheil und Friedewirken, welches processualische Wirkung hat. Die gerichtliche Auflassung ist ein Vorgang von zunächst privatrechtlicher, sodann processrechtlicher Bedeutung. Diese doppelte Natur desselben wird aus dem Folgenden erhellen.

Privatrechtlich bedeutet die gerichtliche Auflassung, wie aus dem Obigen hervorgeht, eine Veräusserung durch das Mittel des Richters. Daraus folgt, dass sie eine Veräusserung unter Zustimmung des Richters ist. Wo die gerichtliche Auflassung zwingende Rechtsvorschrift wird, da ist kraft desselben Rechtssatzes dem Richter ein Zustimmungsrecht zur Grundbesitzveräusserung gegeben, ein Widerspruchsrecht, weil der Richter, wie aus dem Folgenden hervorgehen wird, keineswegs schlechtweg genöthigt ist, seine Mitwirkung zur gerichtlichen Auflassung, d. h. seine Zustimmung zu gewähren. Aus dieser privatrechtlichen Bedeutung der gerichtlichen Handlung ist die obligatorische gerichtliche Auflassung hervorgegangen. Ihre Quelle ist die Entstehung von Zustimmungsrechten der Obrigkeit zur Grundbesitzveräusserung.

Die erste Ausbildung der obligatorischen gerichtlichen Auflassung gehört den Kreisen des Lehn- und Leiherechts an.

Das Lehnrecht des Vassallen und ebenso das Leiherecht des Bauern und Bürgersmannes ist kein frei veräusserliches Recht. Ja, es lässt sich noch deutlich der Gedanke erkennen, dass diese Rechte am fremden Grundstück überhaupt ursprünglich nicht als feste Rechte, sondern als von der Gnade des

---

manere. Et est reddita justa sententia per consensum, quod sepedicta bona ipsi fratri H. et per eum — abbati et conventui de C. tam rite ac racionabiliter donata essent, quod eis debent rata et firma inviolabiliter permanere. Ebenso No. 4. 5. 7 ff. (a. 1264 ff.). Die Aachener Urkunden zeigen, dass das Urtheil über die Rechtskraft der Vergabung von dem Erwerber erbeten wird. Darüber, dass hier das Friedewirken fehlt, s. weiter unten.

[53]) Wenn die merovingischen Urkunden die Auflassung im königlichen Hofgericht im Wege des Scheinprocesses erfolgen lassen, eine Form, die noch in der von Laband angezogenen Lüneburger Niedergerichtsordnung nachklingt, so wird dies damit zusammenhängen, dass das alte Recht im Gericht nur den Process kennt und daher für die freiwillige Gerichtsbarkeit den Scheinprocess fordert.

Herrn abhängige »prekäre« Befugnisse gedacht sind. Gleich dem altrömischen kennt auch das altdeutsche Sachenrecht nur ein einziges Recht an der Sache: das Eigenthum. Die Schwäche der lehnrechtlichen und leiherechtlichen Befugnisse am fremden Grundstück spricht sich darin aus, dass sie, wie zur Vererbung eine neue Verleihungshandlung seitens des Herrn, so zur Veräusserung die Zustimmung des Herrn nöthig haben. Ja, die Veräusserung ist hier von vornherein nur in der Weise möglich, dass das Recht an den Herrn zurückgegeben (aufgelassen) und dann erst durch den Herrn an den neuen Erwerber wieder verliehen wird. Aus diesem Grunde ist hier die gerichtliche Auflassung, d. h. die Auflassung im Lehnsgericht, bezw. im grundherrlichen Gericht von vornherein obligatorisch: diese Handlung bringt zugleich den Consens der Beisitzer des Gerichts (der Lehnsgenossen, der Hofgenossen) und den Consens des Herrn zum juristischen Ausdruck.[53a]) Es mag zugleich bemerkt werden, dass der Herr selber nur im Lehnsgericht, im grundherrlichen Gericht aber regelmässig sein Schultheiss oder Amtmann als Richter präsidirt: die Veräusserung vor dem Beamten des Herrn ist der Veräusserung vor dem Herrn selber gleichwerthig.

Das altfränkische L a n d r e c h t dagegen kennt die gerichtliche Auflassung überhaupt nicht. Nur eine einzige Rechtshandlung des Vermögensrechts ist hier an gerichtliche Vollziehung gebunden: der adfatimus, und der adfatimus hat zu der gerichtlichen Auflassung des Grundbesitzes deshalb k e i n e geschichtliche Beziehung, weil er, allerdings entgegen der allgemein herrschenden Annahme, ursprünglich überhaupt kein Rechtsgeschäft über den Grundbesitz, sondern umgekehrt, ein Rechtsgeschäft über das b e w e g l i c h e Vermögen darstellt.[54])

[53a]) Urkundliche Belege z. B. Cod. dipl. Quedlinb. No. 36 (a. 1224). Urkundenbuch von Halberstadt No. 265. 266 (a. 1294).

[54]) Die Lex Salica tit. 46 nennt ausdrücklich als Gegenstand des adfatimus die „fortuna“, d. h. das b e w e g l i c h e Vermögen, vergl. Proc. der Lex. Sal. S. 173 Note 20. S. 176 Note 24. Fränk. Reichs- und Gerichtsverf. S. 118. Der symbolische Act erfolgt daher in der „casa“, weil dort der Mittelpunkt des b e w e g l i c h e n Vermögens ist. Als der nächste Inhalt des adfatimus wird ein familienrechtlicher Vorgang (heredem appellare) zu denken sein, dessen Rechtsfolge durch Ueber-

Die gerichtliche Auflassung des Grundstücks war nach altem Recht überhaupt unmöglich, weil die Auflassung nur mit der Investitur, und die Investitur nur als reale Investitur auf dem Grundstück selber zulässig war. Die gerichtliche Auflassung war daher in der merovingischen Zeit ein Privileg des Verfahrens im königlichen Hofgericht. Erst seit dem 9. Jahrhundert ist die symbolische Investitur in das Landrecht übergegangen, und war damit die landgerichtliche Auflassung überhaupt erst möglich geworden. Aber, wie in der Natur der Dinge liegt, sie war zunächst lediglich facultativ. Der freie Grundeigenthümer konnte zur gerichtlichen Auflassung schreiten, um ihrer processualischen Vorzüge, der Beweisbarkeit u. s. w. willen. Aber privatrechtlich war seine Auflassung genau ebenso wirksam und zulässig, wenn sie ausserhalb des Gerichts irgendwo und irgendwie erfolgte. Das Cartularium Langobardicum zeigt uns noch, wie damals, also an der Scheide des 10. und 11. Jahrhunderts, die aussergerichtliche Auflassung durchaus die Regel bildete. Der »Salichus« und seine Rechtsverwandten nehmen die Auflassung (se warpire) mit der symbolischen Investitur lediglich unter Beisein von Zeugen und unter Hülfe des Notars vor, welcher den ganzen Veräusserungsact leitet.

Erst seit dem 11. Jahrhundert hat die obligatorische Auflassung im Landgericht sich ausgebildet.

Da die Thatsache selbst, ob überhaupt das Landrecht des Mittelalters zur obligatorischen gerichtlichen Auflassung übergegangen sei, neuerdings durch die Gegenbemerkungen Laband's und durch die unter Laband's Auspicien entstandene Schrift von Bülowius, sowie durch die Zugeständnisse Stobbe's zweifelhaft geworden ist,[55]) so muss hier zunächst das Resultat der geschichtlichen Entwickelung selbst in der Hauptsache festgestellt werden. Vor allem gilt es, den alten

---

gabe des gesammten „Vermögens" (zu welchem in der alten Zeit nur Mobilien gehören) ausgedrückt wird.

[55]) Laband, vermögensrechtl. Klagen S. 235. Bülowius, utrum ad dominium rerum immobilium transferendum secundum jus Saxonicum medii aevi resignatione solemni in judicio facta opus fuerit nec ne. Regim. 1870. Stobbe, die Auflassung, in Iherings Jahrb. XII, S. 167 ff. Deutsches Privatr. II. S. 169. Noch neuerdings ebenso Laband in der Krit. Vierteljahrsschr. XXII, S. 125.

Satz zu retten, dass der Sachsenspiegel die obligatorische gerichtliche Auflassung hat. Da das unzweideutige Zeugniss, welches der Sachsenspiegel in der klassischen Stelle I, 52, 1 für unsere Ansicht ablegt, heute keinen Glauben mehr findet, so müssen wir uns nach anderen Beweisgründen umsehen. Es sind zwei Stellen, welche allen Zweifel beseitigen. Die eine Stelle findet sich Sachsensp. I, 34:

> Ane des richteres orlof mut en man sin egen wol vergeven in ervengelof, deste he's behalde ene halve hüve unde ene word, dar man enen wagen uppe wenden moge; dar af sal he deme richtere sines rechten plegen. — Irret de richtere mit unrechte, dat de man sin egen nicht geven ne mut, svenne de Koning uppe sessische art kumt, vor ime mut he't wol geven, alse he vor deme richtere solde, deste man des getüch hebbe, dat it de richtere to unrechte geerret hebbe.

Die Stelle zeigt trotz der missverständlichen Ausdrucksweise ihres Anfangs, dass die Zustimmung des Richters zur Veräusserung des Grundeigenthums keineswegs nur in den Fällen der unerlaubten Veräusserung (wo der Mann weniger als eine halbe Hufe oder nichts zurückbehält), sondern gerade auch in den Fällen der erlaubten Veräusserung, d. h. dass sie zu jeder Veräusserung nothwendig ist. Daher ist es möglich, dass der Richter die Veräusserung mit Unrecht hindert. Der Mann behält seine halbe Hufe und seine »word«, und doch kann er nicht veräussern, weil der Richter die Veräusserung nicht will, weil die Rechtsvoraussetzung einer jeden Uebertragung des Grundeigenthums, die Zustimmung des Richters fehlt. Die Stelle bewegt sich mit ihrem Rechtssatz in dem Gebiet des Landrechts: der Richter ist der Landrichter, der Graf mit Königsbann; als der unmittelbar Vorgesetzte desselben tritt der König auf. Es erhellt ferner, dass die gerichtliche Auflassung die Form für die Erwirkung richterlicher Zustimmung ist. Denn wenn der Richter die Veräusserung mit Unrecht weigert, so soll der Mann das Gut vor dem König geben, wie er es sonst vor dem Richter gegeben hätte. Die Auflassung im Königsgericht (aber nur, wenn der König auf »sächsische Erde« kommt, weil nur dann das Königsgericht für sächsischen Grundbesitz competent ist) ersetzt in solchem

Ausnahmsfall[56]) die Auflassung im Landgericht. Die Zustimmung des Königs ersetzt die Zustimmung des Richters. Der Mann veräussert unmittelbar durch die Hand des Königs, wie er sonst durch die Hand des königlichen Grafen veräussert hätte. Aber er ist nicht etwa befugt, die Auflassung, wenn sie rechtlich zulässig wäre, aussergerichtlich vorzunehmen. Er muss vielmehr warten, bis der König in das sächsische Land kommt; er muss die oft weite und beschwerliche Reise wagen, den unsteten Königshof aufzusuchen, um sein Anliegen vor der Majestät selber anzubringen; er muss es darauf ankommen lassen, dass bei seinem Eintreffen der König schon wieder von dannen und die sächsische Erde verlassen hat. Genug, die Auskunft, welche der Sachsenspiegel bietet, kann nur in äusserst seltenen Fällen wirklich benutzt werden. Aber doch ist sie die einzige Auskunft. Die Zustimmung des Landrichters ist obligatorisch, und dieser Satz bedeutet, dass die gerichtliche Auflassung im Landgericht obligatorisch ist. Der geneigte Leser wird schon aus dieser einen Stelle des Sachsenspiegels die ganze Geschichte der obligatorischen gerichtlichen Auflassung heraus hören.

Die zweite Stelle ist Sachsenspiegel I, 44:

> Klaget ok maget oder wedewe to lantrechte over iren rechten vormunden, dat he ir ire gut neme, to der klage sal se dat gerichte vormunden, unde dar ir ire man gift egen in ursale oder to irme live.

Jungfrau oder Wittwe bedarf eines Gerichtsvormundes, um gegen ihren rechten Vormund zu klagen; ebenso hat die verheirathete Frau einen Gerichtsvormund gegen ihren Mann, d. h. ihren rechten Vormund, nöthig, wenn ihr Mann ihr Eigen oder Leibzucht giebt. Die Leibzucht kann der Frau nur mit Hülfe eines Gerichtsvormunds gegeben werden, weil die Leibzucht, wie bekannt ist (z. B. Ssp. I, 21, 1), nur gerichtlich gegeben werden kann; genau dasselbe gilt aber auch von

[56]) Aber nicht schlechtweg, sondern nur, wenn der Richter die Auflassung „mit Unrecht geirrt" hat. Für diese Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat der König keine unbeschränkt concurrirende Jurisdiction mehr, augenscheinlich im Interesse der fürstlichen (landesherrlichen) Gewalt, zugleich auch vielleicht im Hinblick auf die für die Auflassung zu zahlenden Gebühren.

dem Eigen, das „in Ursale“ [57]) gegeben wird. Auch das Eigen kann ohne Gerichtsvormund nicht gegeben werden, weil für die Uebertragung von Eigen die gerichtliche Auflassung obligatorisch ist.

Es braucht im Uebrigen nur daran erinnert zu werden, dass Leibzucht und Satzung (die landrechtliche, d. h. die sogenannte „ältere“ Satzung ist gemeint) an Grundstücken zweifellos nach dem Sachsenspiegel nur durch gerichtliche Auflassung bestellt werden können, und dass ebenso zweifellos dieser Rechtssatz über die eigenthumsähnlichen Rechte am Grundstück nur eine Anwendung des Rechtssatzes über das Eigenthum selber ist.

Nach dem sächsischen Landrecht des 13. Jahrhunderts (und das magdeburger Stadtrecht hat bekanntlich genau denselben Rechtssatz) war die Veräusserung von Eigen nur im Wege der gerichtlichen Auflassung zulässig.

Wir wenden unsere Blicke nach Süddeutschland. Hier hat eine bekannte Stelle des Schwabenspiegels, welche auf den Deutschenspiegel zurückgeht, ein vermeintlich unanfechtbares Argument dafür abgegeben, dass wenigstens das süddeutsche Recht von der Rechtsnothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung nichts wisse.[58])

Die Stelle lautet:

> Schwabensp. (Lassb.) 22: Ist daz ein man sinem friunde guot schaffen wil nach sinem tode, wil er im daz sicher machen, er sol im srift daruber geben mit endehaften isigeln, oder er sol fur sinen rihter varn oder fur sinen herren und sol sine geziuge ziehen und ander die da bi sint gewesen, und wil aber er imz gar stete machen, so setze im einen zins daruz, da mit hat er die gewer und mac daz guot mit rehte nit verliesen. — — Diu gabe heizet stete diu vor dem rihter geschit. Diu heizet och stete diu mit der srift geschit. Diu ist aller stetest diu mit der wer geschit.[59])

---

[57]) Vergl. Schröder, ehel. Güterrecht II. 3. S. 356—359.

[58]) Man vergl. z. B. v. Meibom, deutsch. Pfandrecht S. 319 ff. Stobbe in der Krit. Vierteljahrsschrift IX, S. 311, bei Ihering XII, S. 178.

[59]) Vergl. Deutschsp. 25.

Für die Vergabung von Todes wegen wird dreierlei Veräusserung unterschieden: durch Schrift, durch den Richter (oder Herrn) und durch Zinsbestellung. Die drei Handlungen schliessen sich nicht gegenseitig aus, sondern können alle drei mit einander cumulirt werden. Vor allem aber: die drei Handlungen haben keineswegs den gleichen, sondern einen verschiedenen Inhalt, und deshalb auch verschiedene „Stetigkeit." Die Vergabung durch blosse Schrift ist die Vergabung durch blosse Erklärung des Willens, d. h. durch blosse Sale, ohne Investitur, und darum auch ohne jegliche „Gewer." Sie bedeutet den Abschluss des Veräusserungsgeschäfts und damit die rechtliche Gebundenheit des Veräusserers und den Titel für den Eigenthumserwerb, aber, gemäss den jetzt allgemein gültigen fränkischen Rechtssätzen über das Verhältniss traditio und investitura,[60]) noch nicht den Eigenthumserwerb selbst. Sie bedarf noch der Vollstreckung, welche bei der Vergabung von Todes wegen bis nach dem Tode aufgeschoben sein, aber auch von dem Veräusserer sofort vorgenommen werden kann, und zwar, wiederum dem fränkischen Recht entsprechend, in zweifacher Form: entweder durch blosse symbolische Investitur (Auflassung), oder durch hinzukommende präsente reale Investitur (Constituirung eines Zinses).[61]) Darum nennt unser Zeugniss an zweiter Stelle die Handlung vor dem Richter. Dass damit die Auflassung, genauer die symbolische Investitur, gemeint ist, erhellt deutlich daraus, dass (für hintersässigen Grundbesitz oder für den Grundbesitz der Ministerialen) neben dem Richter der „Herr" genannt ist. Die Handlung „vor dem Herrn" kann nur die Zustimmung des Herrn zur Vergabung in der Form der Auflassung an den Herrn und Beleihung des Erwerbers durch den Herrn zum Zweck haben. Dann ist für die Vergabung die Vollziehung gesichert, weil die (symbolische) Vollstreckung

[60]) Vergl. jetzt den Aufsatz zur Gesch. der Auflassung (1879).

[61]) Dass der Zins die Gewere giebt, ist ein zuerst vom fränkischen Recht entwickelter Rechtssatz. Urkunden aus dem 9. Jahrhundert bei Heusler, Gewere S. 52.

bereits erfolgt,[62]) und zugleich schon jetzt die Handlung vorgenommen ist, welche sonst, bei blosser Schrift, nach dem Tode des Veräusserers jedenfalls noch hätte nachgeholt werden müssen. Die Auflassung vor dem Herrn ist für das Zinsgut obligatorisch, und facultativ für den Veräusserer nur, ob sie sofort oder erst nach seinem Tode vollzogen wird. Was für das Zinsgut die Handlung vor dem Herrn, das ist für Eigen, wie die Stelle ausdrücklich ausspricht, die Handlung vor dem Richter. Mit anderen Worten: soll auf die Veräusserung des Eigens (Schrift) die Vollziehung der Veräusserung durch Auflassung folgen, so muss der Veräusserer „vor den Richter" fahren. Deutschenspiegel und Schwabenspiegel kennen, gleich dem Sachsenspiegel, die Auflassung auch des Landrechts nur als gerichtliche Auflassung. Es giebt keine aussergerichtliche Auflassung, überhaupt keine aussergerichtliche symbolische Investitur mehr. Auflassen (investiren) und vor den Richter fahren, sind mit einander identisch geworden. Die Stelle, welche man bisher dafür geltend gemacht hat, dass die Auflassung in Süddeutschland auch als aussergerichtliche gültig sei, beweist vielmehr umgekehrt auf's Unzweideutigste, dass die Auflassung nur noch als gerichtliche Auflassung existirt. Und ohne solche gerichtliche Auflassung ist jeder Veräusserungsact unvollkommen (wegen noch mangelnder Investitur). Wie bei Zinsgut die Auflassung vor dem Herrn, so musste bei Eigen die Auflassung vor dem Richter noch nachfolgen, wenn sie bei Lebzeiten des Veräusserers nicht geschehen wäre. Darum sagt der Deutschenspiegel: Dev stift haizzet staet dev vor dem richtaer geschicht. Er unterscheidet dadurch die Gabe vor dem Richter als die nunmehr (auch seitens der Erben) vollkommen unwiderruflich gewordene Vergabung von der Vergabung durch blosse Schrift. Erst der Schwabenspiegel fügt, den Gedanken der Stelle verwischend, die Worte hinzu: diu heizet och stete, diu mit der srift geschit, weil die Schrift gleichfalls nicht ohne Rechtskraft ist. Aber die Schrift hat nur die Rechtskraft der Sale, nicht auch die Rechtskraft der

[62]) In solchem Fall kann von der „Schrift" Abstand genommen werden, weil dann durch das Dingzeugniss mit der Vollstreckung auch die Erklärung des Veräusserungswillens bewiesen wird.

Gewere. Die Gabe des Eigens durch blosse Schrift ist noch ebenso unvollkommen, wie die Gabe des Zinsgutes ohne Consens und Investitur des Herrn; sie ist blosse traditio mit noch mangelnder Investitur. Und die Investitur mit dem Eigen ist jetzt Investitur durch den Richter (gerichtliche Auflassung). Sie giebt symbolische Gewere (relativ), aber noch nicht wirkliche Gewere. Daher kann die Bestellung des Zinses hinzukommen, um durch reale Gewere (jedem Dritten gegenüber) die Gabe „allerstetest" zu machen. Aber die blosse Bestellung des Zinses, ja auch die volle thatsächliche Einweisung in den unmittelbaren Besitz würde ihrerseits keineswegs das vor den Richter (oder den Herrn) fahren überflüssig machen. Nach deutschem (fränkischem) Recht kann der Besitz am Grundstück nicht durch nudum corpus und animus, sondern nur durch solenne Verwirklichung von corpus und animus, d. h. durch Investitur, erworben werden. Die Investitur ist Voraussetzung wie für den Eigenthumserwerb, so für die Gewere im Rechtssinn.[63]) Und die Investitur (die feierliche Besitzeinweisung) ist nach mittelalterlichem Landrecht des 13. Jahrhunderts nur in der Form der gerichtlichen Auflassung rechtsgültig. Der altfränkische Gegensatz von traditio und investitura hat im Lauf des Mittelalters durchaus nicht aufgehört zu existiren. Aber der Rechtssatz, dass für den Erwerb von Eigen die Investitur obligatorisch ist, erscheint nunmehr in der anderen Form, dass er die obligatorische gerichtliche Auflassung bedeutet.[64])

Wir gelangen also genau zu dem Resultat, welches der Deutschenspiegel selber an anderer Stelle so formulirt:

Deutschensp. 71: An eleich dinch mag nieman sein eigen hin gegeben daz ez craft müge haben. — — Geit einer

[63]) Jetzt vergl. man die vielbesprochene Stelle Ssp. I, 9 §. 5: Sve ok dem anderen gut in siner were let, ir he't ime uplate, he sal ine in der gewere vorstan, dewile he't ime nicht upgelaten ne hevet, um sich (gegen Laband, Klagen S. 305) davon zu überzeugen, dass sie von der älteren Literatur wenigstens in Bezug auf das praktische Resultat ganz richtig erklärt wurde.

[64]) Der Irrthum der gesammten früheren Literatur bestand darin, dass sie die Auflassung mit der Sale (traditio) identificirte. Die Geschichte der Auflassung erschliesst sich erst von der Erkenntniss aus, dass die Auflassung nicht Sale, sondern Investitur ist.

sein aigen wider seiner erben willen und an vogtes dinge, si schüllen für den richter varn und schüllen ez versprechen, und der richter sol ez antwurten den erben; etwa ertailt man ez sull der richter in seiner gewalt han.[65])

Die selbständige Formulirung des Rechtssatzes zeigt, dass nicht etwa Ssp. I, 52, 1 mechanisch wiederholt, sondern ein aus eigener Kenntniss des süddeutschen Rechtslebens geschöpfter Rechtsbestand wiedergegeben wird.

Wenn wir so die Rechtsbücher im Süden und im Norden Deutschlands über unsere Frage mit einander in Einklang finden, und hinzunehmen, dass wir für das fränkische Rechtsgebiet durch unzählige Urkunden zu gleichem Ergebniss geführt werden,[66]) so mag wenigstens ein starker Wahrscheinlichkeitsbeweis zu Gunsten des oben behaupteten Resultats für erbracht gelten. Die weitere Bestätigung ergiebt sich aus dem Folgenden von selbst.

Wie ist aber diese Thatsache zur Ausbildung gelangt? Welche Motive haben die facultative gerichtliche Auflassung im Lauf des 11. und 12. Jahrhunderts in eine obligatorische verwandelt?

Wir müssen unsern Ausgangspunkt von den Rechtsverhältnissen des dritten Standes im Mittelalter, von den Verhältnissen der gemeinfreien kleinen Grundeigenthümer nehmen.[66])

Zunächst ist zu erinnern, dass in den Städten das kleine Grundeigenthum in weitaus den meisten Fällen aus ursprüng-

---

[65]) Vergl. Schwabensp. (Lassb.) 22, I.

[66]) Man vergl. z. B. die Aachener Urkunden oben Note 52, die Urkunden des Codex diplomaticus Moenofrancofurtanus (ed. J. F. Böhmer 1836) I, p. 57 (a. 1232) ff. und die Regesten der in dem Archiv des Vereins für Nassauische Alterthumskunde und Geschichtsforschung aufbewahrten Urkunden aus den Jahren 1145—1807 von K. Menzel, in den Annalen des Vereins für nassauische Alterthumskunde, Bd. 15 (1879) S. 143 ff. Menzel S. 145: „Die am häufigsten vor dem Gericht behandelten Gegenstände sind Güterauflassungen und Pfandverschreibungen. — In den Grafschaften Dietz und Runkel wird der symbolische Brauch hervorgehoben, die Güter dem Käufer vor dem Schöffengericht mit Halm und Mund aufzulassen und zu übergeben."

[66]) Das Folgende habe ich schon angedeutet zur Gesch. der Auflassung, S. 117, Note 55.

lich hintersässigen Verhältnissen hervorging.[67]) Aus der Häuserleihe entstand das mit dem Grund- oder Wortzins belastete „pfleghafte" Eigenthum des Bürgers an seinem Hause. Weil die Verwandlung des Leiherechts in Hauseigenthum eine unmerkliche, dem Bewusstsein der Zeitgenossen sich entziehende war, so verstand es sich hier von selbst, dass für das Eigenthum des Bürgers an seinem Hause die Ueberlieferungen des Leiherechts in Kraft blieben, dass nach wie vor die Veräusserung des Hauses nicht durch einfaches privates Rechtsgeschäft, sondern nur unter Mitwirkung der Obrigkeit, d. h. des früheren Grundherrn, erfolgen konnte. So entstand die in süddeutschen Bischofsstädten begegnende Auflassung im Gericht des bischöflichen Officials, welcher mit der geistlichen auch die grundherrliche Gerichtsbarkeit des Bischofs ausübte.[68]) In gleicher Weise ist die in norddeutschen Städten häufige obligatorische Auflassung vor dem Rath (mit Eintragung in das Stadtbuch) zu erklären: der Rath ist als Nachfolger der Stadt- und Grundherrschaft auch in ihre Rechte bezüglich der Auflassung, d. h. in ihre Consensrechte, eingetreten.[69]) In Städten, wo königliche und grundherrliche Jurisdiction zusammenfielen, also in allen Städten auf königlichem Domanium entstand aus denselben Motiven die obligatorische Auflassung des bürgerlichen Eigens im öffentlichen Gericht: so in Aachen und Frankfurt die Auflassung im Schultheissengericht.

Aber diese stadtrechtlichen Verhältnisse können die landgerichtliche obligatorische Auflassung nicht erklären. Für das Landrecht waren die Verhältnisse der bäuerlichen kleinen Grundeigenthümer entscheidend. Das kleine Eigen auf dem platten Lande ist im 13. Jahrhundert, wie der Sachsen-

---

[67]) Dies hat bekanntlich Arnold in seiner hervorragenden Schrift zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten (Basel 1861) gezeigt. Für Würzburg giebt interessante weitere Belege die sorgfältige Arbeit von E. Rosenthal, zur Geschichte des Eigenthums in der Stadt Würzburg (Würzburg 1878).

[68]) Vergl. z. B. für Würzburg Rosenthal a. a O. S. 60. In Strassburg bestätigen zahllose Urkunden den gleichen Gebrauch.

[69]) Wo das Privileg Friedrichs II. für Goslar den König nennt, setzen die späteren Goslarer Statuten den Stadtrath, Bewer, Sala S. 12. — Ueber die Thatsache selbst vergl. die Zusammenstellung bei Stobbe, Auflassung S. 186. 187.

spiegel uns bezeugt, gleichfalls „pfleghaft“, zinsbar geworden. Die Lasten des öffentlichen Rechts haben hier die „Pflege“ hervorgebracht. Einmal die Abgabe für den Heerbann.[70]) Sodann aber auch die Gerichtsdienste und Gerichtsabgaben.[71]) Die Erheblichkeit dieses „Grafenschatzes“[72]) können wir daraus erkennen, dass zum Erlass desselben seitens des Grafen Zustimmung seiner Erben erforderlich war,[73]) sowie aus der nicht unbeträchtlichen Summe, welche für Ablösung desselben gezahlt wurde.[74]) Da das Mittelalter ausser Stande ist, auf

---

[70]) Darauf hat Stobbe in der Zeitschr. f. deutsch. R. XV, S. 354, 355 mit Recht hingewiesen.

[71]) Darauf weist Ssp. I, 34 §. 1 hin: dar af sal he deme richtere sines rechten plegen. Diese Stelle bezieht sich, wie v. Zallinger in der unten Note 77 genannten Schrift zeigen wird, auf die pfleghaften Leute. In der entsprechenden Stelle des Deutschensp. 39 heisst es: da von sal man dem richter dienen. Schöffenbare dagegen unterlagen den Gerichtsfrohnden und Gerichtsabgaben nicht, sondern ledigten ihr Eigen durch blosse Erfüllung der Dingpflicht von allen Rechten des Richters, Ssp. I, 2 §. 2. Wie die Rittersleute von der Heersteuer frei sind, weil sie die volle Wehrpflicht leisten, so sind Schöffen von den Gerichtssteuern frei, weil sie die volle Gerichtspflicht (zu allen Dingen zu kommen) erfüllen.

[72]) Vergl. Stobbe a. a. O. S. 355. 356.

[73]) Urkundenbuch der Stadt Halberstadt I, No. 140 (a. 1274): Die Grafen von Regenstein bekunden, dass Heinrich Bruning, Bürger von Halberstadt, mit Consens seiner Frau und seiner Erben mansum unum et tria jugera et dimidium situm in campis parvi Hersleue et Wirstede an die Kirche des heil. Bonifacius in Halberstadt verkaufen, qui mansus ipsorum proprietas fuit. Eundem mansum — de nostro consensu et heredum nostrorum coram nostro schulteto in judicio quod schultetending vulgariter appellatur, — prefate ecclesie — liberaliter contulerunt perpetuo possidendum, a jugo advocatie penitus absolutum. Nos quoque, quicquid juris ratione cometie in hoc manso et agris attinentibus — nobis vel nostris heredibus poterit pertinere, memorate ecclesie de pleno consensu eorundem heredum cum omni utilitate ac jure pure et simpliciter contulimus possidendum.

[74]) Codex diplom. Anhalt. II, No. 46 (a. 1220): Otto de Glinde und seine Erben verkaufen an das Kloster Marienthal Gut: coram nobis (Graf von Mühlingen) sub testimonio scabinorum contradidit possidenda. — — Et ut nos huic emptioni nostram confirmationem adhiberemus, dederunt nobis 12 marcas. In der Urkunde No. 47 (a. 1221) heisst Otto v. Glinde ein liber homo; ein Verwandter von ihm, Burchard v. Glinde, ist scultetus comicie (der Grafschaft von

die Dauer zwischen Abgaben aus privatrechtlichem und öffentlichrechtlichem Titel zu unterscheiden, so lässt die Pflege das Verhältniss der pflegbaften Leute zu ihrem Grafen schon im 13. Jahrhundert als ein Analogon des Hintersassenverhältnisses erscheinen. Die Grafschaft wird gegenüber den Pfleghaften zur Vogtei.[75]) Der Landrichter (Graf) ist um seiner Abgabenrechte willen an der Erhaltung der Leistungsfähigkeit des kleinen Grundeigenthums interessirt. Darum ist in seinem Interesse die übermässige Parcellirung des pfleghaften Grundeigenthums verboten. Darum ist die Veräusserung des pfleghaften Grundeigens an seine Zustimmung geknüpft. Darum kann wie der Zinsmann nur durch die Hand seines Herrn, so der Pfleghafte nur durch die Hand des Richters veräussern. Mit anderen Worten: darum ist für das pfleghafte Eigen die landgerichtliche Auflassung obligatorisch.[76])

Nun müssen wir uns vergegenwärtigen, dass nicht die Hochfreien, noch auch, wie bisher angenommen wird, die Schöffenbarfreien, sondern gerade diese geringen pfleghaften Freien im Mittelalter die Träger des Landrechts und des Landgerichtes sind. Ihr Gericht ist, und zwar gerade in Sachen ihres Grundeigenthums, das echte Grafending unter Königsbann.[77]) Ihr Recht ist das Landrecht, ihre Ueberlieferungen beherrschen das Landgericht. Aus ihren Rechtsverhältnissen ist das Landrecht des 13. Jahrhunderts hervorgegangen. Die obligatorische gerichtliche Auflassung des Landrechts ist entstanden weil die Masse der freien Grundeigenthümer pfleghaft geworden ist. Sie stellt einen der Bausteine für die werdende Landeshoheit, einen der Vorgänge

---

Mühlingen). Glinde selbst scheint schöffenbar frei zu sein, doch in dem obigen Fall über pfleghaftes Eigen zu verfügen. Deshalb die beträchtliche Zahlung an den Grafen, welche ich daraus erkläre, dass das Gut an ein Kloster veräussert wird.

[75]) Was „ratione cometie" zu zahlen ist, wird in der Urkunde oben Note 73 auch als „jugum advocatiae" bezeichnet.

[76]) Sachsensp. I, 34, oben S. 42.

[77]) Diese wichtigen Resultate werden sich aus der Arbeit ergeben, welche Otto v. Zallinger (der Verfasser der Schrift: Ministeriales und Milites, Innsbruck 1878) demnächst über die Standesverhältnisse des Mittelalters veröffentlichen wird. Seine Untersuchung wird auf Grund der Urkunden über die Stellung der Pfleghaften völlig neue Aufschlüsse geben.

dar, durch welche die Grafschaft in Vogtei, der öffentliche Beamte in einen Herrn seiner freien Leute sich verwandelte. Die bis dahin freie Veräusserung des Grund und Bodens ist aufgehoben und dem Consensrecht eines Herrn auch die Veräusserung des Eigenthümers unterworfen. Die obligatorische Auflassung im Landgericht bedeutet die Minderung der gemeinen Freiheit und des gemeinfreien Eigenthums, die Uebermacht der feudalen und hofrechtlichen Ideen im Mittelalter über das einst „echte" Eigenthum. Die Ueberlieferungen des Hintersassenverhältnisses haben nunmehr auch den kleinen freien Grundbesitz ergriffen.

Es bedarf noch einer näheren Untersuchung, in wieweit die gerichtliche Auflassung auch in den Kreisen des aristokratischen Grossgrundeigenthums, d. h. des allein noch vollfreien Grundeigenthums verbreitet war. Gewiss ist, dass der deutsche König ohne gerichtliche Auflassung, ja überhaupt ohne Auflassung veräusserte: es war ein Privileg des Königs, dass bei seinen Veräusserungen, welche überhaupt den normalen Formen des Privatrechts sich entzogen, die Uebergabe des praeceptum regis (des königlichen Befehls über den Eigenthumsübergang) zugleich Investitur war. Ebenso gewiss ist, dass dieser königliche Gebrauch beim hohen Adel Nachahmung gefunden hat.[78]) Aber der hohe Adel des deutschen Reichs hat in zahllosen Fällen die normale Investitur und Auflassung, und gerade auch die gerichtliche Auflassung im Landgericht gebraucht. Es versteht sich von selbst, dass die Entwickelung des Landrechts nicht ohne Einfluss auf den gesammten Grundbesitz war. Aber in diesen Kreisen erscheint die gerichtliche Auflassung als ein Bestärkungsmittel neben anderen Bestärkungsmitteln des Rechtsgeschäfts, d. h. als facultative gerichtliche Auflassung, als eine Handlung, welche um processualischer Vortheile willen vorgenommen wird.[78a]) Die

---

[78]) Vergl. zur Gesch. der Auflassung S. 103 Note 30, S. 116 Note 50, und die Zeugnisse bei Stobbe, Auflassung S. 170 Note 82 a. E. Note 83. Wie z. B. die Monumenta Zollerana zeigen, verfügten die Grafen von Zollern regelmässig in dieser Form.

[78a]) Vergl. z. B. Cod. dipl. Anhalt. I, No. 366 (a. 1151): jure poli et jure fori sepe iterari, sepe firmari fecimus: ausser der landgericht-

Urkundenforschung wird sich hier zweierlei Gesetze geben müssen: sie wird nicht mehr, wie bisher, die Fälle urkundlicher aussergerichtlicher Sale („Schrift"), die zahllosen aussergerichtlichen Verkaufs-, Schenkungsurkunden des Mittelalters für ebensoviele Fälle aussergerichtlicher Auflassung nehmen dürfen;[79]) sie wird zum Andern die urkundlichen Zeugnisse über Auflassung nicht mehr unterschiedslos als eine Masse, sondern nur mit Unterscheidung des Standes des Veräusserers gebrauchen dürfen.

Wie aus der privatrechtlichen Bedeutung der gerichtlichen Auflassung die obligatorische Auflassung im Landgericht, so ist aus der processualischen Wirkung dieser Handlung die rechte Gewere hervorgegangen. Und zwar sind es auch hier die Rechtssätze des fränkischen Rechts, denen die entscheidende Rolle zugefallen ist.

Die rechte Gewere ist dem alten Volksrecht unbekannt. Aber ein Anwendungsfall ist schon im altfränkischen Recht entwickelt. Die rechte Gewere stellt ein Privileg des fränkischen Königs dar. Wenn ein gemeiner Freier ein Gut erworben hat, so gilt für den dritten Anfechtungsberechtigten keine Verschweigungsfrist; aber wenn der König das Gut erworben und der Bann des Königs auf das Gut gelegt ist, so gilt für jeden Dritten die Verschweigungsfrist von Jahr und Tag.[80]) Die Einziehung des Grundstücks für den König (missio in bannum) ist schon im 9. Jahrhundert durch die karolingische Capitulariengesetzgebung eine Form für die ordentliche Execution in Immobilien geworden. Das Mittelalter kennt nur diese fränkische Immobiliarexecution. Die

---

lichen zweimalige Auflassung im Bischofssend mit Bischofsbann. Aehnlich No. 168 (a. 1107).

[79]) Hier hat schon Albrecht Gewere S. 69 Note 139 in der Hauptsache das Richtige getroffen, und Bülowius l. c. p. 13 ist seinerseits im Unrecht, wenn er aus dem Ausdruck „tradere" folgern zu müssen glaubt, dass die Urkunden über die Sale („traditio") aussergerichtliche Auflassung bezeugten.

[80]) Dies ergiebt sich aus den Wirkungen der missio in bannum, Cap. Aquisgran. a. 817 legib. add. c. 11 (Pertz I, p. 212). Dass alles Königsgut unter Königsbann stand, zeigt z. B. Lex Rib. 60, 3.

Vollstreckung in Grundbesitz ist mit der „Frohnung" desselben, d. h. mit der Einziehung desselben für den „Herrn", den König, gleichbedeutend.[81]) Erst aus der Hand des Königs empfängt der Gläubiger das Gut. Diese processualische Form benutzt die gerichtliche Auflassung. Nach Vollziehung der Auflassung (des privatrechtlichen Actes) ergeht, wie oben schon bemerkt, auf Bitte des Erwerbers, ein Urtheil zu seinen Gunsten, dass recht gegeben sei. Das Gericht bekräftigt die Rechtmässigkeit der Vergabung und Investitur (Auflassung). Das deutsche Recht unterscheidet nicht zwischen formeller und materieller Rechtsgiltigkeit. Ist das Rechtsgeschäft als formrichtig durch die Obrigkeit gut geheissen worden, so ist zugleich damit seine materielle Rechtskraft festgestellt.[81a]) Das Urtheil des Gerichts besagt nicht blos, dass die Auflassung formell, sondern ebenso, dass sie materiell rechtmässig, rite ac legitime, geschehen ist; daher die Frage des Richters, ob Jemand Widerspruch erhebe. Das Urtheil spricht mit dem „rite et legitimes" aus, dass Niemand widerspruchsberechtigt sei. An dies Urtheil ist Jeder, der es finden hört und nicht sofort widerspricht, sofort gebunden. Aber das Urtheil soll verbindlich werden nicht blos für die Anwesenden, sondern für Jedermann. Darum werden nach ergangenem Urtheil von dem Richter die Formen des Verfahrens gegen Abwesende beobachtet. Es wird die dreimalige Frage, ob Jemand Widerspruch erheben wolle, gestellt, und erst dann erfolgt die Vollstreckung des gefundenen Urtheils, die Frohnung des Gutes mit missio in bannum, um das Gut als nicht blos durch Rechtsgeschäft, sondern durch rechtliches Urtheil erworben dem Empfänger zu überantworten.

---

[81]) Vergl. Fränk. Reichs- und Gerichtsverf. S. 119 ff. — Dass jede Einziehung des Guts für den König mit Anwendung des Königsbannes erfolgte, also Confiscation und missio in bannum rechtlich identisch waren, zeigt z. B. die Urkunde v. J. 878 bei Bouquet, recueil IX, p. 399 No. 2: quam etiam villam legitime auctorari non potuit (der Schenker), quia fuit in fisco per bannum domini Caroli Imperatoris.

[81a]) Ein besonders eclatantes Beispiel Lex Sal. tit. 26: die Freilassung durch den König (per denarium) ist gültig, auch wenn der Nichteigenthümer manumittirt.

In diesem Theil des Verfahrens hat Laband[82]) mit Recht ein Processverfahren gefunden. Aber es ist nicht ein Scheinprocess gegen den Veräusserer, um den es sich handelt. Der Veräusserer ist gar nicht verurtheilt worden, auch nicht zum Schein, wie aus dem Obigen hervorgeht. Es vollzieht sich vielmehr ein wirklicher, ernsthafter Process gegen alle dritten etwa Anfechtungsberechtigten. Gegen diese wird im vollen Ernste das Gut durch die dreimalige Frage dreimal aufgeboten, um sie zur Geltendmachung ihrer Widerspruchsrechte zu nöthigen, und sie werden in allem Ernste, wenn sie sich nicht melden, zum ewigen Schweigen verurtheilt (dem Friedewirken des Richters geht dies zweite Urtheil vorauf).[82a]) Das Ganze ist ein wirklicher und völliger Contumacialprocess. Die sich nicht meldenden Abwesenden werden in contumaciam mit ihren Ansprüchen sofort abgewiesen. Sie sind geladen, wenn auch nur edictaliter (durch die »trina inquisitio«), sie sind dreimal geladen, wenngleich in demselben einen Termin, — eine Abkürzung des Ungehorsamsprocesses, welche in solchen Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit erklärlich ist. Die Formen des Ungehorsamsverfahrens sind eingehalten. Darum erfolgt denn nun die ernsthafte Vollstreckung des Urtheils durch missio in bannum. Sie hat dieselben Wirkungen wie im Ungehorsamsprocess. Sie ist in unserem Fall nur dadurch ausgezeichnet, dass zu der Frohnung die triduana sessio, das »dreitägige Innesitzen« des Erwerbers, gewissermassen eine nochmalige Ladung zum Widerspruch durch die solenne Besitzhandlung, hinzukommen muss, um die volle Rechtswirkung der missio in bannum herbeizuführen.

Die missio in bannum, die formelle Verwandlung des Gutes in Königsgut hat hier die gleiche Wirkung wie sonst. Es gilt die Verschweigungsfrist von Jahr und Tag, die königliche Verjährung. Der in seiner Abwesenheit und ohne sein Wissen Verurtheilte hat Jahr und Tag Frist, um das Gut aus der königlichen Gewalt »auszuziehen« — länger nicht, es be-

---

[82]) Vermögensrechtl. Klagen., S. 238.

[82a]) Daher heisst es in der oben Note 52 angeführten Urkunde: sub banno regio cum sententiis firmam pacem induximus. Vergl. Quedlinb. No. 98 (a. 1246): per sententias quesitas rite ac dictatas atque inventas appropriata sunt bona illa ecclesie W., nullo contradicente.

nehme ihn denn echte Noth, Königsdienst, Seuche, Gefängniss, Unmündigkeit. Nach Ablauf von Jahr und Tag wird die Confiscation (missio in bannum) definitiv.[83])

Jetzt braucht nur bemerkt zu werden, dass das »Friedewirken«, mit welchem die gerichtliche Auflassung schliesst, nichts anderes als diese missio in bannum ist. Zahllose Urkunden nennen direct den Königsbann, bannus regalis, der mit dem »Friedewirken« auf das Gut gelegt wird.[84]) Es ist klar, dass aus dem Friedewirken die rechte Gewere des Auflassungsempfängers hervorgegangen ist, dass die gerichtliche Auflassung mit ihrem Friedewirken ein Mittel war, um das ursprünglich dem König vorbehaltene Privileg in das gemeine Landrecht einzuführen und dem Grundeigenthum schlechtweg zugänglich zu machen. Auch an dieser Stelle ist im Mittelalter aus ursprünglichem königlichen Amtsrecht des Frankenreichs gemeines Landrecht des deutschen Mittelalters geworden.

Wie früh die gerichtliche Auflassung in die gemeine Uebung des Landrechts eingetreten ist, können wir am besten daraus entnehmen, dass der Gebrauch des dreimaligen Aufgebots und des Friedewirkens innerhalb des eigentlich fränkischen Rechtsgebiets schon im 13. Jahrhundert in der Mehrzahl der Fälle verschwunden, d. h. durch schon unvordenkliche Uebung abgeschliffen ist,[85]) dass gleichzeitig auch im Sachsenland, wo

---

[83]) Wer die rechte Gewere hat, wehrt sich daher der Antwort. Er braucht keinen Geweren mehr zu stellen.

[84]) Vergl. z. B. die Urkunden oben Note 52.

[85]) Dies zeigen die Aachener, Frankfurter, Nassauer Urkunden oben Note 52. 66. Dass nichtsdestoweniger auch hier (wie sich übrigens von selbst verstehen würde) die missio in bannum ursprünglich zu dem Act gehörte, zeigt das vereinzelte Vorkommen derselben, z. B. Böhmer, Cod. dipl. Moeno-Francof. p. 65 (a. 1238): Schenkung im Schultheissengericht. Acta sunt hec coram nobis Frankenford in mallo, quod buweding vocatur, supradicta bona sub bannum et protectionem domini Imperatoris comprehendendo. — Auch die Zusammenziehung der drei Ladungen (trina inquisitio) in einen einzigen Termin, wie sie im 13. Jahrhundert üblich war, deutet auf die vereinfachende Wirkung langwierigen Rechtsgebrauchs. Ebenso die Ertheilung des Friedewirkens im Gerichtstermin selbst, während nach altem Recht der Friede nur auf dem Grundstück, also bei der Einweisung, gewirkt werden konnte, wie noch in späteren Zeugnissen erkennbar ist, vergl. Stobbe, Auflassung S. 202. Laband, Klagen S. 239, Note 9.

man einen kräftigeren Sinn für den Formalismus des Rechts und in Folge dessen conservativere Gebräuche hatte, trotz der Beibehaltung des Friedewirkens doch der Zusammenhang zwischen demselben und der rechten Gewere dem allgemeinen Rechtsbewusstsein verloren gegangen war.[86]) In Folge dessen wird die Frist von Jahr und Tag auch in Verhältnissen angewandt, wo von Königsbann keine Rede ist, so im Gebiet des Lehnrechts (z. B. als Frist für die Lehnserneuerung) und des Stadtrechts (das Sitzen in der Stadt von Jahr und Tag). Doch für die rechte Gewere an Eigen erhält sich trotzdem der Rechtssatz, dass die gerichtliche Auflassung Voraussetzung für den Lauf der Frist ist.[87])

---

[86]) Nur ausnahmsweise wird noch ausdrücklich der Ablauf der Frist von Jahr und Tag von dem Augenblick des Friedewirkens datirt, z. B. die Braunschweiger Jura et libertates Indaginis (um 1227, Braunschweiger Urkundenbuch No. 1) § 9: Rechte Gewere für den, wer domum aut aream — in civitate emerit et annum et diem pacifice possederit et pax ei secundum jus civitatis facta fuerit. In dem deutschen Stadtrecht (um 1250) § 41: Swes eneme vrede wert gewarcht unde he darmete beseth jar unde dach, dat nemach neman gebreken. Ueber das Zeitverhältniss dieser beiden Braunschweiger Rechtsaufzeichnungen Frensdorff in den Hansischen Geschichtsblättern Bd. 6 (1877) S. 117 ff. Ebenso die Rechtsaufzeichnung von Burg (wo magdeburgisches Recht galt) Laband, Klagen S. 317.

[87]) Rechtsbuch nach Distinct. I, 43, 5. 46, 4. Sachsensp. I, 9, 5. Andere Zeugnisse bei Laband, Klagen S. 314 ff. Bewer, Sala S. 99. Wenn Laband diesen Rechtssatz für eine partikuläre Eigenthümlichkeit insbesondere des magdeburger Rechts erklärt und aus anderen Zeugnissen S. 308 ff. den Beweis zu erbringen sucht, dass das gemeine Sachsenrecht die rechte Gewere auch ohne gerichtliche Auflassung eintreten lasse, so ist zu bemerken, dass viele dieser anderen Stellen neben dem Besitz von Jahr und Tag ausdrücklich das Requisit des Titels anführten (kofft, comparaverit, acquisierit), und dass in dem Requisit des Titels die gerichtliche Auflassung nach damals geltendem Recht enthalten ist. Wie gefährlich es ist, aus einzelnen unbestimmt gefassten Stellen ein negatives Resultat zu ziehen, zeigt das Stadtrecht von Verden, welches Laband S. 312, Note 51 für die rechte Gewere ohne Auflassung, S. 319, Note 70 aber unter den Rechten citirt, welche die rechte Gewere nur auf Grund der Auflassung entstehen lassen, vergl. Stobbe, Auflassung S. 179 Note 104. Aus dem Rechtssatz, dass gerichtliche Auflassung und nur diese, rechte Gewere an Eigen erzeugt, folgt, dass der Erbe von Eigen zwar von Rechts wegen sich erst in 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen verschweigt, (Ssp. I, 29,

Das Friedewirken ist nicht überall mehr mit der gerichtlichen Auflassung verbunden, aber diese Rechtshandlung schliesst als solche jetzt die Wirkung des Friedewirkens in sich.[88])

Auch die Art der Fristbestimmung, welche die rechte Gewere auszeichnet, geht auf eigenthümlich fränkischen Brauch zurück. Die Zeit von Jahr und Tag werden wir ursprünglich genau als ein Jahr und einen Tag (eine Zugabe zur Frist wie in anderen Fällen eine Zugabe zur Zahlung) zu verstehen haben. Der eine Tag hat sich im späteren Mittelalter, insbesondere im Gebiet des gemeinen Sachsenrechts, in 6 Wochen und 3 Tage verwandelt. Ich finde darin nicht, wie die jetzt herrschende gemeine Meinung, die Frist von drei gebotenen Dingen (dreimal 14 Tage), sondern die Frist von von einem echten Ding. Die echte Dingfrist ist nach fränkischem Recht die Frist von 6 Wochen und die echte Dauer des Gerichts die Dauer von 3 Tagen. So bedeutet die Frist

welche Stelle allein genügt, um Laband's Ansicht zu widerlegen), dass aber, wenn das Gut „gewandelt", d. h. gerichtlich aufgelassen ist, auch gegen ihn die Verjährung von Jahr und Tag Platz greift, Laband S. 316. Planck, Gerichtsverfahren I, S. 639. 640. C. Schilling, die lehn- und erbrechtlichen Satzungen des Waldemar-Erichschen Rechts, Mitau 1876, S. 353. 354. Sowenig die obligatorische gerichtliche Auflassung, sowenig ist diese Wirkung derselben, dass sie die Verschweigung in Jahr und Tag herbeiführt, magdeburgische Eigenthümlichkeit, wie sich (gegen Laband) schon aus der Entwicklung dieses Rechtssatzes auf Grund fränkischen Capitularienrechts ergiebt. Vielmehr zeigt Ssp. I, 29, dass die Voraussetzung jener magdeburger Rechtszeugnisse: ohne Auflassung keine Verschweigung des Erben in Jahr und Tag, im gemeinen sächsischen Landrecht gegeben war.

[88]) Dass die ursprüngliche Natur des Friedewirkens als missio in bannum regis schon im 12. Jahrhundert in Vergessenheit gerathen ist, zeigt der Friedeschilling (Zeugnisse bei Stobbe, Auflassung S. 192), welcher an Richter und Beisitzer gezahlt, und, soweit er an die Beisitzer fällt, vertrunken (Friedewein, Wissebier, Weinkauf, Glosse zu Ssp. I, 34) wird. Schwerlich wird man diese Gabe mit Stobbe daraus erklären dürfen, dass „man einen guten Eindruck bei der Gemeinde hinterlassen will, um künftig des Beweises sicher zu sein". Ich glaube vielmehr, dass hier der Rechtssatz von der Unverbindlichkeit der unentgeltlichen Gabe (Eheschliessung S. 29, Note 16) in Anwendung gebracht wurde. Man fasste das Friedewirken als ein Geben des Friedens auf, und damit die Gabe rechtsbeständig und unwiderruflich sei, musste man sie bezahlen.

von Jahr und Tag nunmehr die Frist von einem Jahr und einem Gerichtstag. Aus der Zugabe von einem Tag ist nicht, wie man nach der bisherigen Ansicht annehmen müsste, die Zugabe von drei Tagen (gebotenen Gerichtstagen), sondern die, sich weit leichter erklärende Zugabe von einem echten Dingtag geworden. [89]) Wir können daraus aufs Neue erkennen, dass das gemeine Sachsenrecht bis auf unsere Tage durch die Ueberlieferungen der fränkischen Gerichtsverfassung bestimmt ist.

Das Resultat des Vorigen können wir dahin zusammenfassen: die Eigenthümlichkeit des fränkischen Immobiliarsachenrechts im Gegensatz zu den übrigen Stammesrechten liegt darin, dass es für die Veräusserung von Eigen einen zweifachen Veräusserungsact fordert, die feierliche Erklärung des Veräusserungswillens (traditio, Sale) und die, gleichfalls feierliche, Vollziehung dieses Veräusserungswillens (investitura, Gewere). Das fränkische Recht ist im Mittelalter im Norden wie im Süden Deutschlands, in Sachsen wie in Schwaben und Baiern gemeines Landrecht geworden. Die traditio (Sale) fordert keine Gerichtlichkeit; die investitura (Gewere) ist aber in die gerichtliche Auflassung übergegangen und nur noch in der Form der gerichtlichen Auflassung rechtswirksam: der Erwerber kann nur durch den Richter investirt werden. [90]) Aus der gerichtlichen Auflassung ist die rechte Gewere an Eigen hervorgegangen. Die rechte Gewere ist seit dem

---

[89]) In gleicher Weise erkläre ich das dreitägige Innesitzen nach geschehener gerichtlicher Auflassung. Es ist nicht nöthig anzunehmen, dass gerade während dieser drei Tage Gericht gehalten, dass also die Auflassung immer am ersten Tage des Echtendings erfolgt sei. Es genügt für die Erklärung des Rechtssatzes, dass die drei Tage in der fränkischen Gerichtsverfassung einen Tag (Termin) ausmachen. Die triduana sessio bedeutet das Innesitzen eines Tages, aber eines civiliter berechneten Tages, eines echten Dingtages nemlich, der nach fränkischem Recht drei Tage dauert.

[90]) Es ist schon früher bemerkt, dass die Feierlichkeit der Sale auch durch die nachfolgende Feierlichkeit der gerichtlichen Auflassung ersetzt werden kann, weil hier mit der Vollstreckung die nochmalige Erklärung des Veräusserungswillens sich verbindet; doch zeigen die zahllosen Verkaufs- und Schenkungsurkunden, dass sich der Dualismus auch äusserlich behauptete.

11. Jahrhundert nachweisbar. Sie gilt wie in Frankreich, so in ganz Deutschland und den Provinzen des deutschen Rechts, in Siebenbürgen, Ungarn, Böhmen, Polen, Esthland, Livland, ja, wie es scheint, ist sie selbst nach Schweden hinübergedrungen.[91]) Wir mögen aus diesen Thatsachen das Machtgebiet zugleich des fränkischen Immobiliarsachenrechts und des fränkischen Processrechts erkennen. Das gesammte Immobiliarsachenrecht von ganz Deutschland, Landrecht, Lehnrecht, Hofrecht, das Recht, welches über Eigen, Satzung, Leibzucht, Lehn und Leihe entscheidet, ist im Mittelalter frankonisirt.

Ueber das deutsche eheliche Güterrecht können wir uns kürzer fassen. Hier haben die Arbeiten von Roth, Schröder, Martitz, Agricola[92]) den Sachverhalt bereits hinlänglich klargestellt. Die Geschichte des ehelichen Güterrechts ist eine Geschichte der Ueberwältigung der deutschen Stammesrechte durch das Frankenrecht. Das eheliche Güterrecht in Schwaben und Baiern, wie es uns in dem 12. Jahrhundert entgegentritt, ist weder dort schwäbischen noch hier bairischen Ursprungs. Jeder Zusammenhang mit den altalamannischen und altbairischen Ueberlieferungen des ehelichen Güterrechts ist aufgehoben. An Stelle des altschwäbischen und altbairischen Gütertrennungsrechts ist die aus den fränkischen Morgengabsverträgen erwachsene fränkische Gütergemeinschaft eingetreten. Die Vorgeschichte des in dem Schwabenspiegel und in den bairischen Rechtsbüchern vorausgesetzten Güterrechts spielt nicht in Schwaben und Baiern, sondern im fränkischen Rechtsgebiet. Einen zäheren Widerstand hat das sächsische Güterrecht dem fränkischen entgegengesetzt. Die westfälische bedingte Gütergemeinschaft (nur bei beerbter Ehe) und die ostfälische Gütertrennung sind noch während des ganzen Mittelalters in Geltung. Aber auch hier besteht die Rechtsentwickelung in einem unausgesetzten Eindringen fränkischen Gütergemeinschaftsrechts, und wenn nicht die Reception des

---

[91]) Vergl. W. Sickel, de possessione legitima, diss. inaug., Berolini 1871, p. 13.

[92]) Ein vorzügliche Zusammenfassung der Resultate giebt v. Roth, das deutsche eheliche Güterrecht, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft von Bernhöft und Cohn. Bd. 1 (1878).

römischen Rechts mit den römischen Gütertrennungsgedanken noch gerade in letzter Stunde dem sächsischen Recht zu Hülfe gekommen wäre, so würde auch das Sachsenland ebenso wie Schwaben und Baiern in eine Provinz fränkischen Gütergemeinschaftsrechts verwandelt worden sein.[93]) Die Geschichte des deutschen ehelichen Güterrechts ist die Reception des fränkischen Güterrechts in allen Theilen des deutsch-mittelalterlichen Rechtsgebiets.

Dass Process- und Strafrecht des deutschen Mittelalters auf Grundlage des fränkischen Rechts entwickelt worden sind, ergiebt sich schon aus dem früher Gesagten. Auf dem Gebiet des Strafrechts ist die Landfriedensgesetzgebung eine relativ selbständige Hervorbringung des deutschen Mittelalters und der einzige Punkt, wo die königliche Gewalt auch in Deutschland die Führung der Rechtsentwickelung in die Hand nahm. Aber gerade hier tritt der Zusammenhang mit dem altfränkischen Königsfrieden[94]) und zugleich mit dem in Frankreich aufgekommenen Gottesfrieden deutlich hervor. Wie in Deutschland das deutschfränkische Recht die führende Rolle spielte, so war dieses wiederum seinerseits auch nach der Auflösung des karolingischen Reichs unausgesetzt dem vorbildlichen Einfluss des französisch-fränkischen, d. h. des salisch-fränkischen Rechts unterworfen. Was den Process angeht, so genügt es, die Resultate, welche Siegel in seinen Schriften über Erholung und Wandelung[95]) und über die Gefahr im Rechtsgang[96]) aus deutschen Quellen gewonnen hat, mit den Rechtssätzen zu vergleichen, welche Brunner für den altfranzösischen Process festgestellt hat.[97]) Wir sehen in Deutschland wie in Frankreich das gleiche Verfahren mit Urtheilen, die gleichen Stadien des Rechtsganges, den gleichen Formalismus, kurz, genau den gleichen Styl, in welchem hier wie dort das Gebäude des Processrechts gedacht und ausgeführt ist. Wie sich so-

---

[93]) Diese Thatsache wird namentlich durch den angeführten Aufsatz von Roth klargestellt.

[94]) Vergl. Udo Eggert, Studien zur Gesch. d. Landfrieden (1876) S. 23.

[95]) Wiener Akademie der Wissenschaften 1863.

[96]) Ebendaselbst 1866.

[97]) Brunner, Wort und Form im altfranzösischen Process. Wiener Sitzungsber. 1868.

eben noch an der rechten Gewere gezeigt hat, es ist der Process des fränkischen Amtsrechts, welcher in Deutschland wie in Frankreich, in Sachsen wie in der Normandie gleichermassen seine Fortentwickelung gefunden hat. Die partikularen Processrechte sind untergegangen und das fränkische Processrecht an ihre Stelle eingetreten.

Ist es noch nöthig, das Ergebniss, welches aus der ganzen obigen Darstellung hervorgeht, ausdrücklich in Worte zu fassen? Roth hat bereits den Gedanken ausgesprochen, dass ganz Deutschland in der Hauptsache nur in zwei Rechtsgebiete, in die Länder des fränkischen und des sächsischen Rechts, zu theilen sei, da Schwaben und Baiern sich als Provinzen des fränkischen Rechts herausstellen. [98]) Wir müssen noch weiter gehen als Roth es gethan hat. [99]) Roth hat seine Auffassung zunächst in Hinblick auf das öffentliche Recht einerseits und auf die Geschichte des deutschen ehelichen Güterrechts andererseits formulirt, und wir haben oben gesehen, dass für das Güterrecht allerdings das sächsische Recht eine Sonderstellung einnimmt. Umfassen wir aber mit einem Blick die gesammte Entwickelung des deutschen öffentlichen Rechts, der deutschen Gerichtsverfassung, des deutschen Lehnrechts, des deutschen Privatrechts, des deutschen Straf- und Processrechts im Mittelalter, so gelangen wir zu dem Ergebniss, dass das ganze mittelalterliche Deutschland ein einziges Rechtsgebiet, ein Gebiet nämlich des fränkischen Rechtes darstellt. Es giebt in Deutschland nur terrae juris Franconici. Zwar giebt es in Sachsen einige Abweichungen vom fränkischen

[98]) Vergl. besonders Roth, Feudalität und Unterthanverband (1863) S. 7 ff. und neuerdings den in Note 92 angeführten Aufsatz.

[99]) Roth selber hat in dem zuletzt citirten Aufsatz sich dieser weitergehenden Idee bereits genähert. Er sagt (§ I. i. A.): „Wie im politischen Leben, theilt sich auch in der Rechtsentwickelung Deutschland im Mittelalter in Franken und Sachsen, terra juris Franconici und Saxonici. Das Ueberwiegen des Frankenstammes als des leitenden in Deutschland tritt auch in der Rechtsentwickelung hervor. Seine Rechtsbildungen durchdringen nicht nur die Institutionen der anderen süddeutschen Stämme, der Schwaben, Baiern und Thüringer, sondern ergiessen sich auch in breitem Strom über das ganze Sachsenland. Das Princip der Halbtheilung ist in vielen Gegenden Sachsens zweifellos auf fränkische Rechtsbildung zurückzuführen“ u. s. w.

Recht, welche wenigstens zum Theil auf altsächsische Gewohnheit zurückgehen, so auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts, auch des Erbrechts und des Processrechts (man denke an den Ausschluss des Zeugenbeweises gegenüber dem Reinigungseid, an die besondere sächsische Form des Gerichtszeugnisses,[100]) an die Art der Stellung des Gewehren bei der Mobilienvindication). Aber trotzdem giebt es kein Sachsenrecht als geschlossenes Stammesrecht mehr. Gleiche, wenn schon nicht so zahlreiche Eigenthümlichkeiten finden wir auch im schwäbischen und insbesondere im bairischen Rechtsgebiet, wo z. B. die Rolle, welche der Hausbrief bei Veräusserungen und Verpfändungen spielt, auf altbairische Ueberlieferungen zurückzugehen scheint.[101]) Aber trotzdem ist im Grossen und Ganzen in Schwaben kein Schwabenrecht und in Baiern kein Baiernrecht mehr zu finden. Die Stammesrechte der Sachsen, Schwaben und Baiern sind alle durch denselben Gegner aufgehoben worden, sie sind verschwunden vor dem Frankenrecht. Es giebt im deutschen Mittelalter kein sächsisches, kein schwäbisches, kein bairisches Stammesrecht mehr. Es giebt nur ein einziges Recht: das fränkische Recht. Was wir sächsisches Recht des dreizehnten Jahrhunderts nennen, ist vielmehr der sächsische Dialekt des Frankenrechts, gerade wie das schwäbische und bairische Recht derselben Periode gleichfalls nur andere Dialekte des gleichen fränkischen Rechts bedeuten. Die deutsche Rechtsgeschichte zeigt einen gewaltigen Uniformirungsprocess. Mit einer reichen Zahl individueller Stammesrechte macht sie ihren Anfang. Aber von all den Rechten, welche noch im Beginn der Karolingerzeit auf dem Boden von Deutschland und Frankreich neben einander blühten, war nur ein einziges bestimmt, zur vollen Reife und Manneskraft sich zu entfalten, das fränkische Recht. Alle übrigen sind noch in ihren Anfängen von dem Sturm der Geschichte verweht worden. Auch hier hat der Kampf ums Dasein von

---

[100]) Vergl. Brunner, das Gerichtszeugniss und die fränkische Königsurkunde in der Festgabe für Heffter, Berlin 1873.

[101]) Vergl. darüber Roth, die Hausbriefe des Augsburger und Regensburger Rechts, in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte. Bd. 10 S. 354 ff.

einer Reihe entwickelungsfähiger Individualitäten nur eine einzige, die am stärksten angelegte und von dem Sonnenschein der Geschichte meist begünstigte, übrig gelassen. Dem fränkischen Recht sind die übrigen germanischen Stammesrechte Deutschlands und Frankreichs zum Opfer gefallen. Sie mussten verschwinden, damit die volle Bildungsfähigkeit deutschen Rechts in dem Wachsthum, in dem mächtigen Gliederbau, in der stylvollen Plastik des fränkischen Rechts sich offenbare. Die fränkische Reichseinheit hat die Rechtseinheit Deutschlands zur Folge gehabt. Deutschland und Frankreich sind im Mittelalter die grossen Provinzen im Wesentlichen des gleichen Rechts, und auf weitem Raum, unter verschiedenartigen Verhältnissen hat hier das gleiche Frankenrecht sich in allen seinen Dimensionen entfalten und ausleben können. Das fränkische Recht ist der geborene König unter den deutschen Stammesrechten, und die deutsche Rechtsgeschichte besteht darin, dass es die sämmtlichen Länder Deutschlands unter seinem Scepter vereinigt hat. So hat es seine Herrschaft gegründet, eine Herrschaft, welche es in den Stand setzte, in der Weltrechtsgeschichte mit dem kaiserlichen Recht des römischen Weltreichs zu rivalisiren.

Von dem gewonnenen Gesichtspunkt aus ergiebt sich zunächst, dass die Idee, von welcher der Deutschenspiegel, der Schwabenspiegel, das kleine Kaiserrecht ausgingen, die Idee nemlich von einem einzigen in ganz Deutschland gleichermassen geltenden, in der Hauptsache einheitlichen Recht, keineswegs in dem Masse ein Hirngespinst war, wie heute angenommen zu werden pflegt. Es ergiebt sich zugleich, dass die Anschauung von dem Gegensatz der Stammesrechte im Mittelalter in der Weise, wie sie gegenwärtig verbreitet ist, weit über das Mass des Richtigen hinausgeht. Gewiss war die Reaction gegen die ältere Methode, welche in dem Sachsenspiegel ein Corpus juris germanici zu besitzen und sich darum von der Pflicht, auch die süd- und westdeutschen Rechtsquellen zu benutzen, entbunden wähnte, eine im hohen Grade berechtigte. Gewiss sind Nord- und Süddeutschland in manchen Dingen des öffentlichen und des Privatrechts ihre besonderen Wege gegangen, und nur die Forschung kann Anspruch auf Berücksichtigung machen, welche den gesammten Kreis der

deutschen Quellen in ihr Gebiet zieht. Aber trotzdem darf nicht vergessen werden, dass der Gegensatz von sächsischem, schwäbischem, bairischem, fränkischem Recht im deutschen Mittelalter nicht mehr den Gegensatz verschiedener Stammesrechte, sondern nur den Unterschied lokal gefärbter Erscheinungsformen eines und desselben Stammesrechts, des fränkischen Rechts bedeutet. Ganz Deutschland ist vom fränkischen Recht in Besitz genommen worden, und nur vereinzelte Trümmerreste weisen in Norddeutschland auf das alte Sachsenrecht, in Süddeutschland auf das Schwaben- und Baiernrecht, welches einst hier geherrscht hat, zurück. Die Burgen der alten Stammesrechte sind gebrochen. Das Stammesrecht ist weniger widerstandsfähig gewesen als die Stammessprache, und die Einheit der Monarchie hat schon seit etwa dem zehnten Jahrhundert die Einheit des Rechtes in ganz Deutschland herbeigeführt; nicht eine absolute Uniformität modernen Styls, aber eine Uniformität mittelalterlichen Styls, welche trotz der Arabesken und lokalen Schnörkeleien, welche über das Ganze ausgegossen sind, doch deutlich überall denselben strengen Bau und denselben einen Grundgedanken erkennen lässt. Deutschland führt auch nach seiner Ablösung vom Karolingerreich den Namen eines regnum Francorum, d. h. den Namen Frankreich. Das deutsche Reich des Mittelalters ist in allen seinen Theilen wie ein Reich der Franken, so ein Reich des Frankenrechts.

Wir müssen noch eine andere Thatsache hervorheben. Es ist schon oben bemerkt worden, dass das fränkische Recht, welches den Sieg über die anderen deutschen Rechte feierte, das Recht der salischen Franken war, dass das ribuarische Recht schon früh seine wesentlichen Eigenthümlichkeiten durch Reception des salischen Rechtes aufgegeben hat. Daraus folgt, dass es nicht etwa das ribuarische, d. h. das deutsch-fränkische, sondern das salische, d. h. das westfränkische, modern ausgedrückt das französisch-fränkische Recht war, welches über die deutschen Stammesrechte triumphirte. Deutschland ist im Mittelalter eine Provinz genau des gleichen Rechts, welches in den Coutumes von Nordfrankreich verzeichnet wird. Aus diesem Grunde vermag der Sachsenspiegel in den Coutumes der Normandie oder in den Gewohnheitsrechten von Paris

einen Commentar zu finden und umgekehrt.[102]) Es ist das gleiche Recht, welches hier und dort lebendig ist. Was enthält der Sachsenspiegel? Wenn wir uns etwas scharf ausdrücken wollen — und die vorige Ausführung wird uns gegen Missverständnisse sichern — so müssen wir sagen: der Sachsenspiegel enthält nicht etwa sächsisches (in Sachsen einheimisches), noch auch eigentlich deutsches (in Deutschland einheimisches), sondern westfränkisches, von auswärts gekommenes, in Frankreich einheimisches Recht. Das Gleiche gilt von dem Schwabenspiegel und den übrigen deutschen Rechtsquellen. Es giebt überhaupt in Deutschland während des klassischen Mittelalters, von vereinzelten Rechtssätzen abgesehen, zwar germanisches (fränkisches), aber kein im engeren Sinne eigentlich und ursprünglich deutsches, d. h. kein in Deutschland einheimisches Recht mehr. Das ribuarische, sächsische, schwäbische, bairische Recht, sie alle sind vor dem salischen, d. h. vor dem westfränkischen Recht verschwunden. Das gesammte Recht des deutschen Mittelalters stammt im Grossen und Ganzen angesehen, von jenseit des Rheins. Wir haben damit im Mittelalter die erste grosse Receptionsepoche vor uns. Die mittelalterliche Rechtsgeschichte ist die Geschichte der Reception des westfränkischen Rechts in Deutschland.

Die soeben hervorgehobene Thatsache gehört in einen noch weiteren Rahmen. Frankreich, und gerade das nördliche Frankreich erscheint als das Hauptland der mittelalterlichen abendländischen Geschichte überhaupt. Obgleich die Kaiserkrone durch Otto den Grossen an das deutsche Reich gebracht war, blieb doch die deutsche Nation ausser Stande, die Führerin der geistigen Entwickelung zu sein; vielmehr war es Frankreich, welches an der Spitze der mittelalterlichen Civilisation marschirte. Von Frankreich aus empfing das kirchliche Leben gerade in der ersten Hälfte des Mittelalters bis zum Ausgang des 12. Jahrhunderts seine entscheidenden Impulse. Hier trat das

[102]) Wie ergiebig die Erforschung des französischen Rechts für die deutsche Rechtsgeschichte ist, haben bekanntlich die Arbeiten Brunner's gezeigt, denen sich jüngst die dankenswerthe Arbeit von Franken, das französische Pfandrecht im Mittelalter, Berlin 1879, angeschlossen hat.

cluniacensische Mönchsthum auf, um zuerst das Mönchswesen Frankreichs, dann Deutschlands und des ganzen Abendlandes zu reformiren. Hier ward die Idee des gregorianischen Papstthums, welches durch die Herrschaft über die Welt die Kirche von der Welt befreien sollte, zuerst gedacht, und Gregor der VII. war nur der geniale Vollstrecker der cluniacensischen Ideale. In Frankreich war der Sitz der mittelalterlichen Philosophie und Theologie, und der Kampf zwischen den beiden Franzosen, Abälard, dem gewaltigen Rationalisten, und Bernhard von Clairvaux, dem gleichgewaltigen Mystiker, war der Entscheidungskampf, welcher die ganze fernere Richtung der mittelalterlichen lateinischen Kirche bestimmte. Wenn im 16. und 17. Jahrhundert der spanische Katholicismus durch den Jesuitenorden den Geist der katholischen Kirche bestimmte, so war es der französische Katholicismus, welcher der mittelalterlichen Kirche seine Farbe und sein Leben gab. Wie die erste Hälfte des Mittelalters auf geistlichem, so wird die zweite Hälfte auf weltlichem Gebiet von dem Geist beherrscht, welcher von Frankreich her über den Rhein drang. Es war das französische Ritterthum mit seinen Gebräuchen, seinen Leidenschaften, seinem Kunstgeschmack, welches Deutschland seit dem 12. Jahrhundert eroberte. Die Kreuzzüge waren eine Unternehmung des französischen Adels, und das ganze Abendland ward von seinem Beispiel hingerissen. Die ritterlichen Tourniere, der höfische Ton, der Frauencultus, die ritterliche Minne- und Heldendichtung, sie alle haben den gleichen Ursprung im französischen Wesen und sind in Deutschland, wenngleich, wie auf dem Gebiet der Dichtung, originell erfasst und vertieft, doch in der Hauptsache recipirt worden. Nehmen wir die gothischen Dome und die gesammte vom gothischen Styl beherrschte Kunstrichtung hinzu, welche seit dem 12. Jahrhundert auf Deutschlands Boden emporwuchs, so haben wir die ganze Reihe der grossartigen Trophäen vor uns, welche den Einfluss nordfranzösischen Lebens und nordfranzösischen Geistes in Deutschland zum Ausdruck bringen. Wir können sagen, dass die Kirche des Mittelalters, dass Leben und Dichtung des Mittelalters gothischen, d. h. nordfranzösischen Styl hat. Auf dem Gebiet des Rechts ist die gleiche Um-

bildung und Entwickelung zuerst erfolgt: es ist ein Recht gothischen Styls, welches Sachsenspiegel und Schwabenspiegel verzeichnen. Die Geschichte des Mittelalters ist die Geschichte der Sättigung des deutschen Geistes mit französischem Geist.

II.
Das römische Recht.

Als die Normannen nach England übersetzten, zog mit ihnen noch ein zweiter Eroberer, das normannische, d. h. das nordfranzösische Recht. Auch in England war die einheimische Sprache widerstandsfähiger als das einheimische Recht. Während die englische Sprache noch heute trotz der Aufnahme zahlreicher romanischer Elemente in ihrem ganzen Gliederbau und Wesen als eine echte Tochter des Angelsächsischen sich darstellt, hat das englische Recht von heute allen Zusammenhang mit dem altangelsächsischen Recht eingebüsst. Durch die Normannen ward das angelsächsische Recht mit Stumpf und Stiel ausgerottet. Nicht durch einen plötzlichen Gewaltact. Im Gegentheil bewegen die gesetzgeberischen Erlasse der Normannenkönige sich zunächst ganz in den Bahnen des angelsächsischen Rechts, und konnte es fast scheinen, dass die hohe Ausbildung, welche das angelsächsische Recht bereits gewonnen und welche zunächst selbst dem Eroberer imponirte, das einheimische altenglische Recht vor dem Untergange retten würde. Das Werkzeug, welches das angelsächsische Recht vernichtete und das normannische an seine Stelle setzte, war überhaupt an erster Stelle nicht die Gesetzgebung, sondern die Rechtsprechung, nemlich die Rechtsprechung des normannischen Königsgerichts.[103]) Hier im Königsgericht waren die normannischen Traditionen übermächtig und, von dem Königsgericht ausgehend, waren es die reisenden Richter, die Sendboten des Königs, welche durch ihre Rechtsprechung die nemlichen Traditionen über das ganze Land verbreiteten. Der Versuch, welcher von den Karolingern in Italien und Baiern, aber mit unvollkommenem Erfolge, unternommen

[103]) Für das Obige vergl. Brunner, Entstehung der Schwurgerichte 1872, S. 132.

worden war, die Rechtsentwicklung durch die Rechtsprechung ausserordentlicher missi dominici zu beherrschen und zu uniformiren, ward von den Normannenkönigen mit dem grössten Erfolge durchgesetzt. Sehr bald concentrirte sich in den Gerichten der Gewaltboten des Königs, der reisenden Richter, die Hauptsumme aller Rechtspflege. Die ordentlichen Grafschaftsgerichte verschwanden so gut wie völlig und das normannische Königsgericht beherrschte durch das Netz der von ihm ausgehenden Missalgerichte mit seiner normannischen Rechtsprechung das ganze Land. So ward das angelsächsische Recht fast unmerklich aufgehoben. Nur in einigen Theilen des öffentlichen Rechts, insbesondere in der Stellung der hohen Aristokratie des Landes, auch in der Stellung des vicecomes, des heutigen Sherif (scirgerêfa), auch in der Gemeindeverfassung sind Reste des angelsächsischen Rechts erhalten. Im Uebrigen aber sind Privatrecht, Processrecht, Strafrecht vollständig normannisirt. Die Normannisirung war mit der Frankonisirung gleichbedeutend. Das fränkische Lehnwesen, das fränkische Privatrecht, überhaupt das fränkische Rechtswesen nahm nunmehr auch von Britannien Besitz, auch England in die Kreise der fränkischen Reichs- und Rechtsgeschichte hineinziehend. Die Vorgeschichte des englischen Rechts von heute hat nicht in England, sondern in Nordfrankreich ihre Heimath. Ja, das englische Recht stellt noch heute im Wesentlichen relativ wenig modernisirtes altfranzösisches Recht dar. Von England ist das englische Recht in die weiten Colonien des britischen Reiches, nach Ostindien, Afrika, Australien, Nordamerika übertragen. Alle diese unermesslichen Ländergebiete stellen Provinzen altfranzösischen Rechts dar. Stolz kann die Lex Salica auf die zahlreichen und mächtigen Rechte blicken, welche sie erzeugt hat. Von dem altsalischen Gewohnheitsrecht ist das Recht Frankreichs, ist das Recht des mittelalterlichen Deutschlands, ist das Recht Englands, ist das Recht der neuentdeckten Welten ausgegangen. Eine ganze Welt war und ist ihm unterthänig. Aus dem Recht eines einzelnen Stammes ist ein Universalrecht entsprungen, welches siegreich den in jeder Rechtsentwicklung unentbehrlichen Civilisirungs- und Uniformirungsprocess durchgekämpft und einen Gegner nach dem andern zu Boden ge-

worfen und innerlich überwältigt hat. Das salisch-fränkische Recht ist das Weltrecht des Mittelalters, und noch heute gehört ihm die grössere Hälfte des weiten Gebietes abendländischer Cultur.

Nur ein einziges Recht war im Stande, dem fränkischen Recht gefährlich zu werden und seine Weltherrschaft zu erschüttern: das römische Recht.

Das römische Recht war bekanntlich mit dem römischen Reich nicht untergegangen. Aber in den Provinzen der Germanenreiche, insbesondere des Frankenreichs trat schnell eine Degeneration des römischen Rechtes ein. In Südfrankreich, in Churräthien, wo eine compacte römische Bevölkerung sich erhalten hatte, erlitt das römische Recht trotzdem starke Einbusse durch eindringende germanische und zwar fränkische Rechtsideen.[105]) Wir brauchen nur die Lex Romana Curiensis aufzuschlagen, um uns von der Barbarisirung des römischen Rechts zu überzeugen. Das römische Recht war in Frankreich und Süddeutschland dem deutschen Recht nicht gewachsen.[105a]) Im Mittelalter ist in Frankreich und Deutschland das fränkische Recht lebenskräftiger, mächtiger als das römische Recht. Die südfranzösischen Coutumes zeigen uns späterhin, wie das geschriebene Recht Südfrankreichs keineswegs reines römisches, sondern frankorömisches Recht war. Wir dürfen über der glänzenden Darstellung, welche Savigny von der Forterhaltung des römischen Rechts gegeben

[105]) Wie früh die fränkische Investitur von den Romanen acceptirt wurde, zeigt z. B. die Vita S. Pardulfi (starb 737, die Lebensbeschreibung gehört der nächstfolgenden Generation, also noch dem 8. Jahrhundert an) c. 4 Mabillon Acta Sanct. III, 1, p. 575: Lantarius, Graf von Limoges, ein vornehmer Römer (ex nobilibus Senatorum) erbaut an einem der Stadt benachbarten Ort Waractus ein Kloster. Der heil. Pardulf soll Abt desselben sein, supradictus Lantarius per ostium cellulae ipsius viro Dei tradidit ad regendum.

[105a]) Auch in Oberitalien ging das römische Recht unter und blieb dem langobardischen gegenüber nur nominell erhalten. Das cartularium Langobardicum nennt stehend das römische Recht neben dem langobardisohen, aber nur, um ebenso stehend die Uebereinstimmung desselben mit dem langobardischen Recht zu bemerken. Vergl. Ficker, Forschungen III, S. 460.

hat, nicht vergessen, dass die Forterhaltung des römischen Rechts keine andere als die der römischen Sprache war. Wie aus dem Lateinischen durch Aufnahme germanischer Elemente das Provençalische, so ist das römische Recht durch die gleiche Aufnahme barbarischer Rechtsgedanken gleichfalls zu provençalischem Recht geworden. Die lebendige, volksthümliche Forterhaltung des römischen Rechts geschah durch einen fortgesetzten Process der Umbildung und Aufnahme fremder Elemente. Es giebt in Süddeutschland und Südfrankreich nicht mehr römisches, sondern nur noch romanisches Recht, ein Recht, welches zwar eine entfernte Verwandschaft mit dem alten Römerrecht, aber nichts mehr von dem klassischen Styl aufweist, welcher diesem einst unvergängliche Schönheit gegeben hatte. Es versteht sich von selbst, dass dieses germanisirte romanische Recht der welterobernden Kraft entbehrte und lediglich ein Provinzialrecht neben anderen Provinzialrechten war. Dem fränkischen Recht schien die Weltherrschaft auf immer gesichert, selbst das stolze Römerrecht war ihm zinspflichtig und unterthan und damit ungefährlich geworden.

Nur ein einziges Land gab es, in welchem die einstige Herrlichkeit des römischen Rechts niemals völlig erlosch: Italien. In Italien erhielt sich neben der volksthümlichen eine gelehrte Ueberlieferung des römischen Rechts und dadurch ein Zusammenhang mit der klassischen altrömischen Literatur. Hier ging, wie überhaupt die antike Bildung, so auch die juristische Bildung niemals völlig unter.[106]) Eine Reihe von Rechtsschulen erhielt die Continuität mit dem Rechtsunterricht der einstigen römischen Kaiserzeit und zugleich die Erhaltung eines nicht verächtlichen Restes von dem Geiste römischer Jurisprudenz. Aber die gelehrte Literatur des römischen Rechts vom 6. bis ins 11. Jahrhundert stand ausser Zu-

---

[106]) Für das Obige vergl. Fitting, Ueber die sogenannte Turiner Institutionenglosse und den sogenannten Brachylogus. Halle 1870. Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfang des Mittelalters, Rectoratsrede, Halle 1875. Dazu namentlich Ficker, Forschungen zur Rechtsgesch. Italiens III, S. 110 ff. 125 ff. 299 und in den Wiener Sitzungsber. Bd. 67, S. 581 ff. Rivier in der Nouv. Revue historique de droit français et étranger I (Paris 1877) p. 1 suiv.

sammenhang mit der Rechtsanwendung, und wenn auch die Schriften jener Zeit immer noch klassisch angehaucht waren, so versank doch die Rechtsanwendung unaufhaltsam in eine von germanischem Geist getränkte Barbarei. Es kam hinzu, dass diese italienische juristische Literatur der Uebergangszeit selber an dem gesammten Verfall des römischen Wesens theilnahm. Sie war in Folge dessen ihrem grossen Stoffe nur unvollkommen gewachsen. Sie beschränkte sich darauf, das römische Recht aus den leichter verständlichen aber darum auch minder inhaltreichen Theilen der römischen Rechtsquellen zu entnehmen. Sie bevorzugte die Institutionen einerseits und die Novellen andrerseits und liess es sich genug sein, aus diesen Quellen ein ungefähres Bild des römischen Rechts zu entwerfen. Sie war dem Pandektenrecht, d. h. dem eigentlich klassischen Recht römischer Jurisprudenz nicht gewachsen. Und gerade hier, auf dem Gebiet des Pandektenrechts, lag die grosse That der Zukunft, welche auf die Schule von Bologna wartete.

So war auch in Italien die Sonne des klassischen römischen Rechts stark im Niedergang gewesen, wengleich sie allerdings niemals hier völlig unter den Horizont sank. Auch in Italien galt es eine Wiedergeburt, ja in gewissem Sinne eine Wiederentdeckung des fast untergegangenen römischen Rechts. Diese Wiedergeburt ward durch die Glossatoren von Bologna ins Werk gesetzt. Es war das reine römische Recht, welches im 12. Jahrhundert wiedergeboren wurde. Mit Papinian und Paulus stieg der ganze Glanz klassischen römischen Rechts vor den Augen der erstaunten Zeitgenossen aus dem Schutt der Jahrhunderte siegreich empor. Nicht blos wie bisher einzelne Gliedmassen des römischen Rechts, sondern der ganze gewaltige Leib selber trat auf einmal wieder an das Tageslicht. Die Wiederentdeckung der Pandekten, d. h. die Wiedergewinnung ihres Verständnisses und zugleich die unverlierbare Sicherstellung dieses Verständnisses für die ganze Zukunft durch einen grossartigen exegetischen Apparat, das ist das mächtige Denkmal, ewiger als Erz, welches die Glossatoren sich selber gesetzt haben, das ist zugleich die That, welche sie für alle folgenden Jahrhunderte vollbrachten.

Aber die Wiederentdeckung des reinen römischen Rechts war nicht genug, um demselben eine Wirkung auf die Praxis zu gewähren. Wir würden uns täuschen, wenn wir für die Glossatorenzeit eine plötzliche Umwandlung der Rechtsanwendung annehmen wollten. Die letztere blieb zunächst in dem alten Geleise, und die That der Glossatoren war für's Erste mehr eine wissenschaftliche als eine praktische That.[106a]) Es verstand sich auch von selbst, dass das reine Pandektenrecht nicht ohne Weiteres auf die Verhältnisse der damaligen Gegenwart anwendbar war. Wie wäre es denn auch möglich gewesen, dass das Recht, wie es in der Hauptsache im dritten Jahrhundert abgeschlossen war, ohne Weiteres auf die Einrichtungen einer um ein Jahrtausend späteren Zeit hätte übertragen werden können? Bevor das Recht des Corpus Juris wirklich anwendbar und einer neuen Weltherrschaft fähig werden konnte, bedurfte es einer umarbeitenden Assimilirung, einer Uebersetzung des ehemaligen römischen Rechts in das Mittelalterliche.

Diese Arbeit der Anpassung des römischen Rechts an die gegebenen Verhältnisse ist durch zwei Factoren vollbracht worden. Der eine war die mittelalterliche Kirche. Die klassische päpstliche Gesetzgebung des 12. Jahrhunderts hatte die grosse Aufgabe, das römische Recht zugleich für die Kirche und für die Welt geschickt zu machen. Hier ist die erste Umarbeitung des römischen Rechts erfolgt, die Uebersetzung des römischen Rechts in das kanonische. Zwar hat das kanonische Recht auf dem Gebiet des Privatrechts nur einzelne, wenngleich nicht unwichtige Rechtssätze dem römischen Recht hinzugefügt. Aber auf dem Gebiet des Process- und Strafrechts ging eine völlige Umwälzung vor sich. Aus dem römischen Process ging der kanonische Process und aus dem römischen Strafrecht ging das kanonische Strafrecht hervor. Die ganze moderne Welt hat Process- und Strafrecht des

---

[106a]) Erst gegen Ende des zwölften Jahrhunderts beginnen die Wirkungen der Schule von Bologna in den Gerichtsurkunden sich zu zeigen, und auch diese Wirkungen sind nur sehr beschränkter Natur vergl. Ficker Forsch. III, S. 299 ff. Grösser war der Einfluss, den die Glossatoren durch die Wiedererweckung der römischen Kaiseridee auf die allgemeinen Vorstellungen ihrer Zeitgenossen übten.

Corpus Juris Civilis nur in der Umarbeitung aufgenommen, welche das Corpus Juris Canonici ihm gegeben hatte. Das Gesetzbuch der Päpste war die zweite Auflage des alten kaiserlichen Gesetzbuchs, die Auflage, in welcher das Kaiserrecht dem Mittelalter verständlich und anwendbar wurde.

Der zweite Factor, welcher das Recht des Corpus Juris einer Umbildung unterzog, war das lombardische, d. h. das in den zahlreichen Stadtrechten Oberitaliens zum Ausdruck gelangende, auf altlangobardische Ueberlieferungen zurückgehende Gewohnheitsrecht. Hier liegt die Bedeutung der sogenannten Commentatorenschule des 13. und 14. Jahrhunderts. So wenig Bartolus und Baldus und ihre Nachfolger sich an eigentlich wissenschaftlicher Kraft mit Irnerius und seiner Schule vergleichen können, so sehr sind sie ihren Vorgängern an praktischem Einfluss überlegen. Bartolus und seine Zeitgenossen haben durch ihre Commentare kein neues wissenschaftliches Verständniss erschlossen, wohl aber die Verbindung des reinen römischen Rechts mit der Praxis, d. h. mit dem wirklich geltenden italienischen Recht herbeigeführt. Ihre Schriften sind voll von der Berücksichtigung der Statuten, d. h. der oberitalischen Lokalrechte. Sie bewirken zugleich die Aufnahme lombardischer Gewohnheiten in das römische Recht und umgekehrt die Aufnahme des römischen Rechts in die lombardischen Gewohnheiten. Sie bewirkten die Italianisirung des römischen Rechts. Indem die Commentatoren neben dem lombardischen zugleich das kanonische Recht berücksichtigten und den Uebergang desselben in die weltlichen Gerichte Italiens vermittelten, waren sie es, welche durch Verbindung des römischen Rechts mit kanonischem und germanischem Recht zum ersten Mal einen modernen Gebrauch des Pandektenrechts schufen, ein Recht, welches mit der klassischen römischen Jurisprudenz Fühlung behielt, aber doch zugleich modernisirt genug war, um in die Gerichte Eingang finden zu können. Mit dem 16. Jahrhundert endigt die schöpferische Kraft des italienischen Geistes und der Geist der Alten zog nach Frankreich und Deutschland, um nunmehr jenseits der Berge ein neues Leben zu beginnen. Mit der italienischen Kunst und Wissenschaft war auch das italienische Recht nach dem Norden gewandert. Sein Schicksal war in

Frankreich und Deutschland ein verschiedenes. In Frankreich sehen wir unter der Führung von Cujacius und Donellus eine Renaissance des reinen römischen Rechts vor uns. Cujacius knüpfte nicht an Bartolus, sondern an die Glossatoren an und fügte der exegetischen Arbeit derselben zum ersten Mal eine im grossen Styl gehaltene historische Bearbeitung des klassischen römischen Rechts hinzu. Gleichzeitig entwarf Donellus mit kühner Hand die Grundzüge einer systematischen Behandlung des römischen Privatrechts. Deutschland hat, trotz der Verdienste des Ulrich Zasius, in derselben Zeit keinen einzigen Juristen, welcher an dauernder wissenschaftlicher Bedeutung mit Cujacius oder Donellus sich vergleichen könnte. Die Arbeit, welche die Glossatoren begonnen und die grossen französischen Juristen fortgeführt hatten, ist in Deutschland erst im 19. Jahrhundert durch Savigny und seine Schule aufgenommen worden. Während der Receptionsperiode im 16. und 17. Jahrhundert blieb die deutsche Rechtswissenschaft ohne eigene schöpferische Kraft. Sie lehnte sich in sklavischer Unterordnung an die Commentare des Bartolus und Baldus an, und die grossen historischen Arbeiten der gleichzeitigen Franzosen waren für die grosse Masse der Juristen Deutschlands nicht vorhanden. Es überwog in Deutschland ein juristisches Halbgelehrtenthum, wie Stintzing es treffend genannt hat, welches lediglich an der Popularisirung der aus Italien entlehnten Rechtslehre, nicht aber in eigentlich wissenschaftlicher Weise arbeitete.[107]) Man kann den Gegensatz so ausdrücken, dass in Frankreich eine humanistische, in Deutschland aber eine scholastische Methode der Rechtswissenschaft überwog. Mitten in dem Humanismus des 16. Jahrhunderts steht die deutsche Jurisprudenz dieser Zeit gewissermassen wie ein Anachronismus da: sie ist zwar auch eine Art von Renaissance, aber sie knüpft nicht wie die echte Renaissance unmittelbar an das Alterthum, sondern an die scholastische Form an, welche das römische Recht in Italien angenommen hatte.

---

[107]) Zu dem Obigen vergl. Stintzing, Ulrich Zasius, Basel 1857, und desselben Verfassers Gesch. der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland, Leipzig 1867.

In gleicher Weise war der praktische Erfolg in beiden Ländern verschieden. In Frankreich, dem Land des Cujacius und Donell, blieb das römische Recht ohne tiefgreifende Wirkung, während in Deutschland, dem Land der Halbgelehrten und handwerksmässigen Juristen, das römische Recht recipirt wurde. Die praktische Macht der Wissenschaft stand auch hier, wie sonst, im umgekehrten Verhältniss zu ihrer innern Vollendung. Zwar haben in Frankreich die homologirten Coutumes des 16. und 17. Jahrhunderts dem römischen Recht ihren Tribut gezahlt. Namentlich auf dem Gebiet des Obligationenrechts that das römische Recht einen Schritt weiter voran als bisher. Aber das System des französischen Rechts blieb trotzdem als Ganzes unberührt. Der historische Zusammenhang mit dem Mittelalter ist hier bis zur Revolution niemals zerrissen worden, und noch die Gesetzbücher Napoleons I. zeigen, dass noch heute wenigstens das Privatrecht und Processrecht Frankreichs ein Abkömmling nicht des römischen, noch des italienischen, sondern des fränkischen Rechtes ist. Ganz anders in Deutschland. In Deutschland selber ging das deutsche Recht zu Grunde. Hier ward umgekehrt das System des römischen Rechts recipirt, und nur einzelne in den Rahmen desselben gefügte Zusätze entstammen dem einheimischen mittelalterlichen Recht. Hier ward der Zusammenhang mit dem Mittelalter, d. h. mit der eignen Vergangenheit, schon im 16. Jahrhundert durchbrochen und an die Stelle des deutschen Rechts trat das italienische. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der Zustand der deutschen Gerichtsverfassung und des deutschen Processrechts der eigentliche Grund dieses Vorganges war. Die Reception war ein grossartiges Misstrauensvotum, welches die deutsche Nation den bestehenden Gerichten und ihrem Rechtsgang ausstellte. Die Reception erfolgte, auf der einen Seite durch die wissenschaftliche Bewegung, welche mit dem Geist Italiens auch das italienische Recht aufnahm, auf der andern Seite aber, wie bekanntlich durch Stölzel festgestellt ist, durch die populäre Bewegung, welche vermittelst der Schiedsverträge der Parteien den Rechtsstreit anstatt an das nach deutschem Recht erkennende Gericht, an die

nach fremdem Recht procedirende Verwaltungsbehörde brachte.[108])

Ueberall in Deutschland entstand der Conflict zwischen dem eindringenden fremden und dem einheimischen fränkischen Recht. Auf dem Gebiet des Processes und des Strafrechts war die Niederlage des einheimischen Rechts eine vollkommene; auf dem Gebiet des Privatrechts gelang es ihm dagegen, einzelne Positionen zu behaupten: das Immobiliarsachenrecht und das eheliche Güterrecht. Aber auch diese Reste des mittelalterlichen fränkischen Rechts blieben nur in einer Reihe von Partikularrechten erhalten; das recipirte italienische Recht ward auch auf dem Gebiet des Privatrechts für alle Theile desselben als gemeines Recht Deutschlands recipirt.

Die Receptionsperiode, die Zeit des 16. und 17. Jahrhunderts ist für das ganze Abendland die Zeit des Kampfes zwischen dem fränkischen Recht und dem römischen Recht. Aber während in Frankreich und England dem einheimischen Recht eine Rechtswissenschaft, eine selbstbewusste Praxis und ein Königthum zur Seite standen, welche das aus dem Mittelalter ererbte Frankenrecht gegen den römischen Eindringling vertheidigten, — Thatsachen in Folge deren die Renaissance an dem englischen Rechtsleben so gut wie spurlos vorüberging, — fand sich in Deutschland keins jener Bollwerke, um hier das mittelalterliche fränkische Recht gegen den Sturm der Renaissancebewegung zu vertheidigen. In Deutschland gab es keine Praxis mit so festen Mittelpunkten, wie sie das englische Recht am königl. Hofgericht, das französische Recht an den Parlamenten Frankreichs besass. Das Reichshofgericht Deutschlands hatte im Lauf des Mittelalters aufgehört, eine irgendwie nennenswerthe Macht für das Rechtsleben der Nation zu bedeuten. Die Reorganisation des höchsten Reichsgerichts, welche das Reichskammergericht hervorbrachte, fiel grade in die Zeit der andringenden Renaissance, und in Folge dessen ward das Reichskammergericht nicht ein Halt für die ererbte mittelalterliche, sondern für die moderne Rechtsprechung nach italienischem Muster.

---

[108]) A. Stölzel, die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien, 2 Bde., Stuttgart 1872.

Das mittelalterliche Recht fand in Deutschland an der Reichscentralgewalt keine Stütze. Seine Vertheidigung blieb den Localgewalten, den Landesherrn und vor Allem den Städten überlassen. In den deutschen Städten war die Degeneration des Gerichtswesens und des Processrechts nie soweit vorangeschritten, wie auf dem platten Lande. Hier hatte schon im Mittelalter eine Reform des materiellen Rechts und des Processrechts stattgefunden, welche das Stadtrecht dem fremden Recht gegenüber widerstandsfähiger machte. Es war zugleich die städtische Intelligenz und Bildung, welche, in den städtischen Schöffengerichten vertreten, die Erhaltung dieser Gerichte und damit ihren Uebergang in die neue Zeit ermöglichten. Während die bäuerlichen Schöffengerichte auf dem platten Lande keiner Umbildung durch Aufnahme neuer Ideen fähig waren und in Folge dessen seit dem dreissigjährigen Krieg theils verschwanden, theils in eine blosse Reminiscenz sich verwandelten, blieb in den Städten eine Reihe von Schöffenstühlen noch lange hinaus in voller Wirksamkeit und erlitt überhaupt die städtische Gerichtsverfassung eine weit geringere Umwälzung, als die ländliche. Damit hängt zusammen, dass das Stadtrecht weit conservativer war in der Erhaltung des einheimischen Rechts als das Landrecht, und sehen wir z. B. am Ostseestrande die Städte lübischen Rechts als Inseln deutschen Rechts hervorragen, während das platte Land vom römischen Recht überschwemmt ist. Für die Landrechte war es nur dem Einschreiten des Landesherrn zu danken, dass durch das Mittel der Landesgesetzgebung Bruchstücke deutschen Rechts aus dem allgemeinen Schiffbruch gerettet wurden. So entstanden im 16. und 17. Jahrhundert die Landrechte in den Territorien und die Reformationen in den deutschen Städten, welche wir als die homologirten Coutumes des deutschen Land- und Stadtrechts bezeichnen können. Sie vermittelten den Compromiss, welchen die deutschen Partikularrechte zwischen dem deutschen mittelalterlichen Recht und dem fremden Recht zu Wege brachten. Zugleich war damit der Gegensatz des gemeinen Rechts und des Partikularrechts in die deutsche Rechtsgeschichte eingeführt. Das gemeine Recht ist das recipirte fremde, und das Partikularrecht in der Hauptsache das noch gerettete mittel-

alterliche Recht. Wir sehen zugleich, dass der Gegensatz des gemeinen und des partikulären Rechts im 16. und 17. Jahrhundert mit dem Gegensatz des italienischen und des conservirten fränkischen Rechts zusammenfällt.

Das Machtverhältniss zwischen dem gemeinen italienischen Recht und den deutschen Partikularrechten ist zu verschiedenen Zeiten ein verschiedenes gewesen. In der Receptionsperiode, d. h. im 16. und 17. Jahrhundert, ist das gemeine Recht entschieden in der Oberhand. Es ist der einzige Gegenstand der deutschen Rechtswissenschaft und die Grundlage, von welcher die Praxis aller deutschen Gerichte geistig beherrscht wird. Das recipirte italienische Recht ist in unaufhaltsamem Vordringen begriffen. Erst im 18. Jahrhundert beginnt die siegreiche Reaction der Partikularrechte gegen das fremde Recht. Die Kritik, welche das Naturrecht an dem überkommenen gemeinen Recht übte, zugleich der Glaube an ein durch die Vernunft des Gesetzgebers neu zu entdeckendes und durch seinen einfachen Befehl in Wirklichkeit zu setzendes, ideales Recht erzeugte die Emancipationsbewegung, die Revolution gegen den usus modernus Pandectarum. Die aufgeklärte Gesetzgebung der absoluten Monarchie eröffnete gegen das gemeine Recht den Krieg, und das preussische Landrecht, sowie das österreichische bürgerliche Gesetzbuch leiteten die moderne Gesetzgebung ein, deren Aufgabe ist, „durch das römische Recht über das römische Recht hinaus" zu gelangen. Die Erschütterung, welche die Herrschaft des römischen Rechts durch Friedrich den Grossen und Maria Theresia erfuhr, ward vollendet durch die römische Rechtswissenschaft unseres Jahrhunderts. Indem Savigny und seine Schule das überkommene, mit italienischen und deutschen Gewohnheiten versetzte römische Recht beseitigten und an die Stelle des usus modernus Pandectarum das reine römische Recht des Corpus Juris setzten, ward dem römischen Recht, was ihm an wissenschaftlicher Ausbildung gewonnen wurde, zugleich an praktischer Anwendbarkeit genommen. Es verstand sich von selber, dass das reine römische Recht in Deutschland auf die Dauer unmöglich war, und dass die Rückkehr der Theorie zur Antike als Gegenwirkung die um so entschiedenere Loslösung der Gesetzgebung von den positiven römischen Rechtssätzen

und die freie Entfaltung moderner Principien zur Folge haben musste.

Indem die historische Schule die volle Herrlichkeit des klassischen römischen Rechts restaurirte, war sie zugleich für unser Jahrhundert der wichtigste Factor, um uns von der praktischen Geltung desselben zu befreien. Die geschichtliche Schule hat den Bruch mit der Geschichte fördern helfen. Vor unseren Augen fällt jetzt die Herrschaft des alten gemeinen und zugleich die formelle Geltung des römischen Rechts zusammen. Das 19. Jahrhundert zieht auch an dieser Stelle die Consequenzen der Principien, welche die Aufklärung des 18. Jahrhunderts in die Welt gesetzt hat. Die Idee des 18. Jahrhunderts ist die Befreiung des Einzelnen und ebenso des Gesetzgebers von der Tradition. Gerade dies ist das Lebensprincip auch unserer gegenwärtigen Rechtsentwickelung. In der Wissenschaft sind wir historisch, in der praktischen Gesetzgebung aber revolutionär. Die Alleinherrschaft der gesetzgeberischen Intelligenz auf dem ganzen Rechtsgebiet, mit all ihrer Raschheit, Kühnheit, Energie, ihrem Alles überwältigenden Selbstbewusstsein, aber auch mit all ihren Schwächen, ihrer Kurzsichtigkeit, ihren fehlgeschlagenen Versuchen, doch immer aufs Neue mit ungebrochenem Muth auf schwankem Gesetzesschiff in den Sturm des Lebens hinausfahrend, sie ist das Kennzeichen unserer Zeit, und offenbart zugleich, dass die Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts nicht durch die Ideen der deutschen historischen Schule, sondern ununterbrochen durch die übermächtige Philosophie der Aufklärung, durch die mit elementarer Kraft noch heute die Gemüther beherrschenden Gedanken des Naturrechts bestimmt wird. Das Recht von heute ruht nicht im Corpus Juris, noch in der Wissenschaft, noch in den Gewohnheiten der Nation, sondern in den Falten des Mantels unserer Gesetzgeber.

Die Zeit des fränkischen und die Zeit des römischen Rechts ist vorüber, und die Zeit des modernen Rechts ist herbeigekommen.

III.
Schluss.

Suchen wir aus dem Vorigen einige Schlussfolgerungen zu gewinnen.

Wir haben in Deutschland gemeines Recht und Partikularrecht. Die Vorgeschichte des gemeinen Rechts spielt, wie sich gezeigt hat, in Italien. Vom 16. Jahrhundert rückwärtsgehend, müssen wir die Alpen übersteigen, um in das Vaterland unseres gemeinen deutschen Rechtes zu gelangen. Seine Quellen sind das römische und kanonische Corpus Juris, der Liber Papiensis, die italienischen Statuten und die italienische Doctrin.[109])

Die Wurzeln unserer Partikularrechte liegen dagegen im deutschen Mittelalter, diesseits der Alpen, und die Geschichte unserer deutschen Partikularrechte pflegen wir daher insbesondere deutsche Rechtsgeschichte zu nennen. Es hat sich ergeben, dass diese deutsche Rechtsgeschichte einen Zweig der fränkischen und zwar der salisch-fränkischen Rechtsgeschichte darstellt. Darum nimmt die Erforschung des fränkischen Rechts die grundlegende Stellung für die ganze deutsche Rechtsgeschichte ein. Das fränkische Recht allein giebt den Schlüssel für das Verständniss des Sachsenspiegels wie des Schwabenspiegels, für das Verständniss des mittelalterlichen Rechts überhaupt. Wir können den Sachsenspiegel nicht aus sich selber, auch nicht aus altsächsischem Recht, sondern nur aus dem altfränkischen Recht erklären. Es erhellt zugleich die hervorragende Bedeutung, welche die französischen und die englischen Rechtsquellen für die deutsche Rechtsgeschichte haben. Wenn wir französisches und englisches mittelalterliches Recht heranziehen, so vergleichen wir nicht deutsches Recht mit fremdem Recht, sondern nur verschiedene Erscheinungsformen desselben einen Rechts. Das deutsche, französische, englische Recht des Mittelalters sind auf demselben einen Stamm des salischen Frankenrechts gewachsen. Die Coutumes von Nordfrankreich sind dem Sachsenspiegel näher verwandt, als die alte Lex Saxonum, und der Schwabenspiegel kann mehr Licht durch englische Rechtsquellen als durch die

---

[109]) Wetzell ist daher, wie ich gegen Laband (Krit. Vierteljahrsschrift XXII S. 119) bemerken muss, vollkommen im Recht, wenn er für die Geschichte des gemeinen Civilprocesses nicht die deutsch-mittelalterlichen, sondern die italienischen Quellen zum Ausgangspunkt nimmt. Was im gemeinen Process als germanisch erscheint, knüpft an die Lombarda und an das kanonische Recht an.

lex Alamannorum empfangen. So ferne nicht erkennbar das römische Recht auf das nordfranzösische Recht eingewirkt hat, können wir die Rechtsquellen Nordfrankreichs im Zweifel als Zeugnisse für das auch in Deutschland geltende Recht benutzen.

Die deutsche Rechtsgeschichte seit dem 6. Jahrhundert ist mit der Geschichte des fränkischen Rechts identisch. Neben dem fränkischen Recht steht eine Gruppe von anderen Volksrechten, welche sämmtlich den Einflüssen zunächst des römischen Rechts, dann des fränkischen Rechts ausgesetzt gewesen sind. Diese Schicksalsgemeinschaft vereinigt sie für den Rechtshistoriker zu gemeinsamer Betrachtung. Dahin gehören die gothischen Rechte mit Einschluss des burgundischen Rechts, das altalamannische und altbairische Recht, und soweit wir es noch zu erkennen vermögen, das altthüringische und altsächsische Recht. Unmittelbar oder mittelbar haben hier überall die Ideen des römischen Reichs und der römischen Kirche, dann des fränkischen Reichs eingewirkt. Hier stehen wir auf dem Boden der lateinischen Reichshälfte des alten Römerreichs, und in der Rechtsentwicklung der genannten Stämme vollzieht sich die gleiche gewaltige Aufgabe, germanisches und lateinisches Wesen zu verschmelzen und auf den Trümmern des Römerreichs ein neues Weltreich zu erbauen. Die deutsche Rechtsgeschichte hat für die Behandlung der Periode des fränkischen Reichs die Betrachtung dieser Stammesrechte mit der Betrachtung des fränkischen Rechts zu verbinden: sie hat ihren Gegensatz zum fränkischen Recht und den Untergang derselben im Umkreis des fränkisches Reiches darzuthun.

Eine dritte Gruppe germanischer Rechte steht ausserhalb der Geschichte des fränkischen Rechts. Das sind die nordgermanischen Rechte und das ihnen nahe verwandte friesische Recht. Das friesische Recht war in Deutschland das einzige, welches der Umbildung durch das fränkische Recht widerstand und zugleich damit sich von der Theilnahme an der deutschen Rechtsgeschichte ausschloss. Als drittes Recht dieser Art ist das angelsächsische Recht zu nennen, welches zwar im Umkreis des alten römischen Reichs entstand, aber doch vom römischen Recht und ebenso vom Frankenrecht bis zur norman-

nischen Eroberung unberührt blieb. Die soeben genannten Rechte nehmen nicht für die eigentlich deutsche Rechtsgeschichte, sondern nur für die germanische Rechtsgeschichte ein unmittelbares Interesse in Anspruch. Sie vermögen unsern Horizont über den der fränkischen Rechtsideen hinaus zu erweitern. Sie sind ein Mittel der vergleichenden Rechtsgeschichte, um aus den gemeinsamen Grundzügen, welche sie mit den übrigen germanischen Rechten aufweisen, auf das gemeinsame Urrecht älterer Zeiten zurückzuschliessen. Sie geben uns neben den Rechten des fränkischen Rechtskreises ein Hülfsmittel ersten Ranges, und zwar um so mehr, weil sie vom römischen Recht nicht beeinflusst worden sind, um die altgermanischen Zustände, welche Cäsar und Tacitus uns schildern, zu reconstruiren.

So werden wir für die Methode unserer Rechtsgeschichte drei verschiedene Perioden unterscheiden müssen. Die erste Periode ist die des altgermanischen Rechts. Hier liegt der Schwerpunkt, soweit es sich darum handelt, die Nachrichten des Cäsar und Tacitus zu ergänzen, in den nordgermanischen Rechten, dem friesischen und angelsächsichen Recht mit ihren jungfräulich bewahrten urgermanischen Traditionen. Die zweite Periode ist die des fränkischen Rechts, ein Jahrtausend deutscher Rechtsgeschichte vom 6. bis zum 16. Jahrhundert umfassend. Hier liegt das geschichtliche Interesse umgekehrt im Frankenrecht und in seinem Verhältniss zu den Stammesrechten, welche innerhalb seines Machtbereiches sich befinden. Die dritte Periode nimmt mit der Reception des fremden Rechts im 16. Jahrhundert ihren Anfang. Hier münden die Quellen des italienischen Rechts in die deutsche Rechtsgeschichte ein, und die Geschichte dieser Zeit handelt von dem Kampf auf Tod und Leben, welcher dem fränkischen Recht von einem übermächtigen Gegner aufgenöthigt wurde.

Noch ein anderes Resultat können wir für die Gesammtauffassung der deutschen Rechtsgeschichte gewinnen. Deutschland ist seit dem 6. Jahrhundert das Land der Reception gewesen. Es hat im Mittelalter das fränkische Recht, in der Zeit der Renaissance das italienische Recht recipirt. Abwechselnd sind Frankreich und Italien die dominirenden Gross-

mächte für die deutsche Rechtsgeschichte gewesen. Die neueste Zeit giebt nur einer neuen Wandlung derselben Thatsache Ausdruck. Indem wir uns von dem italienischen Recht befreien, beginnen wir aufs Neue, dem französischen Recht unsere Huldigungen darzubringen. Es war einst im 6. Jahrhundert das salisch-fränkische Recht gewesen, welches das römische Recht aus seiner Weltherrschaft verdrängte. Heute sehen wir einen ähnlichen Vorgang sich wiederholen, und zwar nicht blos in Deutschland. Mit den Ideen von 1789 macht auch das neufranzösische Recht eine Reise um die Welt. Das moderne Recht, welches in Deutschland heute an die Stelle des römischen tritt, hat seine Geburtsstätte wiederum in Frankreich. Wir haben französische Staatsverfassung, französische Gerichtsverfassung, französisches Strafrecht, französischen Process, wenn auch mit theilweiser Umbildung, durch unsere Gesetzgebung recipirt, und das bevorstehende bürgerliche Gesetzbuch des deutschen Reichs wird vermuthlich in mancher Hinsicht die Spuren des code civil an sich tragen. Von dem fränkischen Recht des Mittelalters sind wir einst zum italienischen Recht übergegangen. Heute kehren wir aufs Neue zu dem Recht von jenseits des Rheins zurück, aber während das altfränkische Recht des Mittelalters den Geist der Gothik und des Feudalismus in sich trug, hat das neufränkische Recht, welches wir heute recipiren, in Licht- und Schattenseiten den Stempel seines Wesens von der französischen Revolution empfangen.

Trotzdem ist die Reception von heute zugleich eine Rückkehr zu uns selbst. Wie die französische Revolution, so ist auch das neufranzösische Recht aus dem gemeinsamen Geistesleben der abendländischen Völker hervorgegangen. Es ist nicht blos fremdes, sondern auch von uns und unseren Vorfahren miterarbeitetes Recht, welches wir in Folge französischer Anregung bei uns einführen. Indem wir, aus der Schule des antiken Rechts hervorgehend, den modernen Rechtsstoff zu bewältigen streben, vollziehen wir auch auf dem Gebiet des Rechtslebens die grosse Aufgabe der Neuzeit, die reinen Formen, welche uns das klassische Alterthum überlieferte, mit dem lebendigen Inhalt der Gegenwart zu erfüllen.

Kleine Mittheilungen aus Handschriften.

Von

Herrn Professor **Behrend** in Greifswald.

I.

Zur Geschichte des zinsbaren Darlehns.

In zwei Handschriften der hiesigen Universitätsbibliothek, Pommersche Landtagsabschiede und Landtagsacten enthaltend, MS. Pomer. Fol. 66 Bl. 131 und MS. Pomer. Fol. 68 Bl. 288 findet sich unter der Ueberschrift: „Landtags Acten in alten Stettin anno 1601 12. Octobr." wörtlich übereinstimmend folgende Notiz:

5.

(dazu in der zweiten Hds. am Rand: stipulationes usurae.)

„Dieser Punct soll mit den Wollgastischen Orthe communiciret werden.

Dann wan der jüngst Deputation Reichs Abscheid solte in diesen Landen attendiret werden, darinnen hinführo keine stipulationes usurarum sondern die usurae a tempore morae 5 pro Cento nur zugelassen, daraus viele Inconvenientia erfolgen, derowegen die Landt Stände nochmahlen dabey beharren, dass [Hds. fügt hinzu: es] in richtige Schuldt Verschreibungen 6 pro Cento statt der Interesse stipuliret und verschrieben, auch erkandt worden.

Und haben die von der Ritterschafft angenommen: wer richtige Brieffe und Siegell nicht halten würde, dass sie den in keiner ehrlichen Gesellschafft nicht leyden wollten.

Den 16. Octobr. a. 1601 als man auf den Punct stipulationis usurarum kommen, haben die vom Adell alle die Finger aufgehoben und sancte promittiret, dass sie denselben, so von richtige Schuldt appelliret, für einen Unman, Schelm und Bösewicht halten und mit ihme (ergänze: nicht) fressen oder sauffen wolten. Soviel aber die anlanget, so allbereit appelliret und die Zinsen aberkannt worden, so soll nichts desto minder bei Ihro Fürstliche Gnaden Anordnung stehen, die Execution auf die Zinsen verrichten zu lassen."

Diese Kundgebung der Pommerschen Ritterschaft, in welcher die sprüchwörtlich gewordene ehrenfeste Derbheit des Pommerschen Wesens zu vollem Ausdruck kommt, ist namentlich deswegen von allgemeinem Interesse, weil sie ein helles Licht auf die Schwächlichkeit der Reichsgesetzgebung wirft. Der § 139 des Reichsdeputationsabschiedes von 1600, auf den sie sich bezieht, bestimmt bekanntlich: „der Vermuthung halben, dass der Creditor sein Geld von solcher Zeit an (d. h. a tempore morae) anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten vom Hundert fünff wol haben möge . . . so ordnen und wollen wir nochmals, dass solch Interesse a tempore morae erstattet und derentwegen den Creditorn fünff Gülden von Hundert bezahlt werden" vorbehaltlich des dem Gläubiger offen gelassenen Nachweises eines höheren Interesses. Diese Bestimmung war, wie die Dinge lagen, eine höchst unbefriedigende Lösung oder eigentlich eine Umgehung einer brennenden Frage. Fünf Pro Cent Verzugszinsen hatte das Reichskammergericht längst dem Darlehnsgläubiger zugesprochen (Meiern sechster Zinsthaler § XXX); nicht sowohl hierüber als vielmehr über die Statthaftigkeit der Conventionalzinsen wäre eine Bestimmung zu treffen gewesen. Letztere waren bisher vom Reichsgericht regelmässig aberkannt worden, dieses hegte aber selbst die grössten Bedenken über seine Praxis. Angesichts der Landesgesetze, die „Usuras auf eine gewisse Maass als fünff von hundert" zuliessen, sowie des Umstandes, „dass fast alle Churfürsten und Stände im Reich, ja auch die Kays. Maj. selbst in dicta quantitate die usuras gut und freiwillig geben", erschien die Annahme gerechtfertigt, „dass Ihrer Maj. und gemeiner Reichsstände Will und Meynung nicht sey, alle und jede Zinsen und Pensiones sondern diejenigen, so legitimum modum excediren, zu verbiethen." — Ueber dieses Bedenken hatte sich das Reichskammergericht in einer ca. 1569 abgefassten Denkschrift des Kaisers und der Reichsstände Resolution erbeten (mitgetheilt bei v. Meiern Beil. I. Derselbe setzt sie § XXXVI zwischen 1569 und 1582, sie muss aber jedenfalls vor dem hiernächst genannten Reichsabschied von 1570 verfasst sein, s. auch Neumann Wucher S. 553). Der Bescheid, der im Jahr 1570 erging, verwies indess lediglich auf die bestehenden Gesetze: „aus was billigen Ursachen die

wucherlichen Contracte . . . in gemeinen Rechten und etlichen unseren Reichsabschieden verbotten, ist unnöthig zu erholen, derohalben wir dem Cammerrichter und den Beisitzern befohlen haben wollen, in solchen Sachen, was einmal statuirt und verabschiedet worden, in kein ferneres Nachdenken zu ziehen." Dass hiermit wenig geholfen war, liegt auf der Hand, und nach langen abermaligen Verhandlungen (Neumann a. a. O.) kam es endlich zu unserem Deputationsabschied, der mithin als die schliessliche Erledigung des obigen Bedenkens anzusehen ist. Betrachtet man ihn in diesem Zusammenhang, so zeigt sich, wie zweideutig er gefasst ist. Die Erwägung, „dass der Creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten vom Hundert fünf wol haben möge", konnte dahin gedeutet werden, dass die Landesgesetze, die fünf Pro Cent Darlehnszinsen zubilligen, fortan auch vom Reichskammergericht respectirt werden sollten, die Worte „zum wenigsten" konnten sogar im Sinne einer Zulassung des sechsten Zinsthalers ausgelegt werden. Da aber die angeführten Worte nur einen Erwägungsgrund enthalten und sich auch auf die Möglichkeit einer Nutzbarmachung des Geldes mittelst des Gültenkaufes beziehen liessen, so konnte das Gesetz auch dahin gedeutet werden, dass in Bezug auf die Conventionalzinsen Alles beim Alten bleiben sollte. Eine Beseitigung der vorhandenen Zweifel, des bisherigen unbefriedigenden Rechtszustandes gewährte dasselbe mithin in keiner Weise. Neumann (S. 555) meint zwar, dass das Reichskammergericht seit dem Deputationsabschied „kaum" Bedenken mehr trug, dem Gläubiger Darlehnszinsen bis zu fünf Pro Cent zuzusprechen; aus v. Meiern's Darlegung § XXXVI ff. dürfte sich aber ergeben, dass auch unter den Reichskammergerichtsjuristen die früheren Zweifel fortbestanden. Die energische Erklärung der Pommerschen Ritterschaft ist ein Zeugniss dafür, dass zur Zeit des Deputationsabschiedes selbst derselbe nicht in einem dem Zinsversprechen günstigen Sinn aufgefasst wurde.

Ob der Pommersche Landtag dem Beschluss der Ritterschaft gemäss verabschiedet worden ist, vermag ich nicht festzustellen, da ich den betreffenden Landtagsabschied weder bei Dähnert noch in den Hds. mitgetheilt finde. Dass der sechste

Zinsthaler in Pommern gestattet war, ergiebt sich aus dem Mandat vom 1. März 1567 (Dähnert III S. 253) und aus dem Landtagsabschied vom 8. März 1616 No. 8 (Dähnert Suppl. I S. 585).

II.

Zwei Magdeburger Schöffensprüche.

Handschrift der Berliner Königl. Bibliothek MS. germ. f. 285 Homeyer 31. Die Schöffensprüche finden sich hinter dem Richtsteig, der erste ist ausdrücklich nach Tangermünde gerichtet, der zweite gehört wohl auch in eine altmärkische Stadt.

a.

Ob die Schöffen von der Bank aufstehen dürfen, um der Partei Rath zu geben.

(Planck Gerichtsverf. I S. 199.)

Scepen der stat to meydeborch. Wy sint gevraget rechtes na desen worden. Wo dat erer twei weren vor den richter unde vor de scepen to tangermünde in deme hegeden dinge. Des clagede de ancleger sine clage unde bat umme ein ordel deme richter. Des bat de lider dre scepen unde mer, dat se up stunden ut deme hegeden dinge unde gingen to syme rade unde geven em rat to syme antwerde. Des bidde wi umme recht, eft de geswaren scepen mogen up stan uter scepen banke unde mogen rat geven unde mogen denne wedder sitten gan unde mogen dar selven ordel vinden, dar se rat to gegeven hebben edder eft se so lange ut deme scepen stule blyven scolen, wente dat ordel gevunden is, dar se ratgeven to gewesen sin, eft en des richters orlof hir hulplik to moge wesen sin, wes hir recht umme si.

Hir up spreke wi scepe to meydeborch eyn recht: Wen sik scepen gesat hebben in dē bank und de richter sin dink gheheget heft, so scolen se clagen unde antwerde horen unde scolen neyner partige rat geven, ok en scal en de richter nenen orlof dar to geven up to stande van rechtes wegen. besegelt &c.

b.

Verfahren und Kostenpflicht bei Einholung eines auswärtigen Urtheils.

(Planck I S. 263, 153.)

Scepen der stat to meydeborch. Wy sint rechtes gevraget na dessen worden: Clage sint geschin vor me hegeden

dinge umme gut, unde do se richtes dar up beden vor gerichte, spreke de scepen, si vorstünden sik des richtes nicht se wolden dat recht dar up gerne holen laten up erer twier penninge. Dat vulborde se an baden siden. Hir up spreke wi scepen to meydeborch eyn recht: Werden scepen von deme richter umme ordel gevraget, der se nicht ne weten, so scolen se clage, antwerde unde vrage bescreven nemen eder selven bescriven laten met witschop unde volbort clegers unde antwerders unde des richteres unde lesen laten unde holen laten, dar sik dat gebort up koste klegers unde antwerders; welk erer vellich wert, de scal de koste gelden unde dat scolen se deme richte vorwissen. besegelt mit unsem Inges.

Ueber den Ersatz verlorener Urkunden im fränkischen Reiche.

Von

Herrn Dr. **Karl Zeumer** in Berlin.

Auf welche Art im fränkischen Reiche verloren gegangene Urkunden ersetzt wurden, erfahren wir aus zahlreichen, gewöhnlich „appennes" genannten Urkunden und Urkundenformeln. Pardessus hat in der Bibliothèque de l'école des chartes I, 1, p. 217 ss. hierüber im Anschluss an die Edition einer Formel kurz gehandelt, doch giebt er entsprechend der Veranlassung nur einzelne Bemerkungen, ohne auf den Gegenstand in seinem ganzen Umfange einzugehen. Sonst ist meines Wissens die Sache nur in verfassungsgeschichtlichen Werken beiläufig mehr berührt als besprochen.*) Es mag deshalb der Versuch gestattet sein, im Folgenden die Entwickelung und Umbildung der Institution darzustellen.

---

*) Nachträglich ist noch die erst nach Vollendung und Einsendung der vorliegenden Arbeit erschienene Abhandlung von Th. Sickel, Neuausfertigung oder Appennis? in den Mittheilungen des Institus für österreichische Geschichtsforschung, Band, I, 2. p. 229 ff. zu nennen. Besonders die Ausführungen p. 244 ff. berühren sich mehrfach mit den unsrigen.

I.
Das römische Verfahren.

Die Einrichtung der Appennisertheilung wird uns in der Arenga verschiedener Formeln und Urkunden als römischen Ursprungs beeichnet, am deutlichsten in einer Formel von Sens (App. 46 = Rozière 409): Mox (= mos) nobilium Romanorum adsuevit et ratio iure deposcit, ut se cuiuscumque domus igne cremetur pro seriam scripturarum cartolam relatione, que dicitur apennis, recipiat. Doch auch ohne solche ausdrückliche Zeugnisse, deren Werth wir, da sie aus späterer Zeit stammen, nicht allzu hoch anschlagen wollen, geht aus der engen Verbindung, in welcher unsere Einrichtung mit der römischen Provinzial- und Munizipalverfassung gerade in den ältesten Formeln erscheint, ihr römischer Ursprung deutlich hervor. Mit den Organen römischer Verwaltung war sie so eng verwachsen, dass weit über deren Fortbestehen hinaus, bis in das 10. Jahrhundert Titulaturen römischer Beamten und Behörden in Appennisformeln und Urkunden, wenn auch unverstanden, genannt wurden.

Schon Pardessus hat bemerkt, dass man eine handschriftlich verderbte Stelle in Form. Arvern. 1, welche man früher allgemein fälschlich als Datierung der zu Grunde liegenden Urkunde auffasste, für den Hinweis auf eine Constitution von Honorius und Theodosius, welche sich auf die Appenniserlangung bezogen hätte, halten könne (l. c. Anm. 3 p. 220). Während andere, z. B. Stobbe, Rechtsquellen I, p. 252, diesen Gedanken unbeachtet gelassen, hat ihm Rozière in seiner Ausgabe (Recueil général des formules I. no. 403 p. 491, Note 4) dadurch Ausdruck verliehen, dass er die nach quo*d* ita et fecimus in der Handschrift stehenden Worte „ista principium Honorio et Theodisio consulibus“ in „iuxta principum H. et Th. consulum decretum“ zu verbessern vorschlägt. Dass ista für iuxta (oft iusta in den Handschriften) steht, und ebenso, dass der Sinn wenigstens durch die Conjectur richtig getroffen wird, scheint mir unzweifelhaft zu sein. Bei dem hohen Alter der Formel, welche einem spätestens in der ersten Hälfte des 6. Jahrhunderts ausgestellten Appennis entnommen ist, würde das Zeugniss für eine solche Constitution nicht ganz ohne Werth sein. Auch eine Urkunde, welche freilich erst dem 10. Jahrhundert angehört, aber auf einer sehr alten Formel

beruht, scheint ebenfalls für die Appennisertheilung ein römisches Gesetz zu citieren, wenn es darin heisst: legis doctores (-latores?) decreta fecerunt, quod, si instrumenta cartarum per turbas hostium aut fures vel incendium aut per quodcumque ingenium genera naufragiorum destructas vel deperditas (fuissent, ut) hoc innovetur etc. Ménard, Histoire de Nismes I, Preuves 6, p. 19 a. 922.[1]) Leider ist nun freilich weder eine solche Constitution von Honorius und Theodosius noch überhaupt eine andere auf unsere Institution Bezug nehmende Gesetzesstelle in den römischen Rechtsquellen überliefert, wohl aber geht aus einer Reihe von Bestimmungen derselben hervor, dass der Grundsatz, auf welchen zuletzt auch die Appennisertheilung zurückzuführen ist, dass nämlich der Verlust von Urkunden an sich keine Rechte vernichten oder erzeugen solle, dem römischen Rechte angehörte. So sollte nach einer Constitution Antonins von 213 dem Gläubiger der Verlust der Schuldbriefe nicht schädlich sein, falls er die Schuld auf anderem Wege erweisen konnte (nec oberit tibi amissio instrumentorum, si modo manifestis probationibus eos debitores esse apparuerit l. 1. Cod. Iust. IV, 21). Andrerseits sollte nach Justinians Anordnung der Verlust einer Quittung nicht eine erneute Verpflichtung des Schuldners bewirken, sondern die Zahlung durch Zeugen erwiesen werden können (Sin vero facta quidem securitas sit, fortuito vero casu vel incendii vel naufragii vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his qui hoc perpessi sunt causam peremptionis probantibus etiam debiti solutionem per testes probare damnumque ex amissione instrumenti effugere, l. 18. C. J. IV, 20 cf. l. 4.

---

[1]) Das Datum dieser Urkunde ist, gleich wie die der vorhergehenden, von Ménard falsch aufgelöst. Da diese wichtigen Stücke in der rechtshistorischen Literatur oft citiert werden, mag es gestattet sein, die Daten hier zu berichtigen: 3 die Mercoris, X kal. Jun. anno primo regnante (Carolo rege) = 23. Mai 893 (nicht 898); 4. feria 3. XV kal. Aug. anno 17. regn. Karlo rege post obitum Odone = 18. Juli 909 (nicht 914); 5. pridie kal. Aug. in anno 23. reg. K. r. post obitum Od. = 31. Juli 915 (nicht 920); 6. in mense Junio, die Veneris, anno 30. reg. C. r. = (7, 14, 21, 28?) Juni 922 (nicht 927). Wegen des Zusatzes post obitum Odone in 4. und 5. rechnete Ménard vom Tode Odos (898), doch zeigt die Beachtung der Wochentage, dass die Verfasser der Urkk. von Karls des Einf. Erhebung an zählten, 893.

ibid. 21). Ebenso sollte der Verlust des Geburtscheines (professio natalis) dem Stande des Verlieres nicht nachtheilig sein, der Verlust des Instruments über die missio honesta die Rechte des Veteranen nicht beeinträchtigen, der Untergang der offiziellen Akten über eine Emanzipation diese selbst nicht aufheben, immer unter der ausdrücklichen Voraussetzung, dass die Sache selbst durch anderweite Zeugnisse genügend erwiesen werde (ll. 6, 7 und 11 C. J. IV, 21). Auch eine Beeinträchtigung des Eigenthumsrechtes durch Urkundenverlust war ausgeschlossen, wie eine Constitution Diocletians und Maximins von 287 bezeugt, wonach dem Richter die Pflicht oblag, dafür zu sorgen, dass auch in dem Falle, wo das Eigenthum im Niessbrauch eines anderen stand, aus dem Urkundenverlust dem Eigenthümer kein Nachtheil erwachse gegenüber dem Nutzniesser, von dessen Seite eine Gefährdung am ehesten zu befürchten war. (Si constiterit proprietatem possessionis — apud vos esse, providebit iudex ex persona fructuarii nullum praeiudicium dominio comparari propter amissionem instrumentorum l. 8. C. J. IV, 21.) Dass der Richter hier durch eine besondere Handlung, wie sie etwa der späteren Appennisertheilung entspräche, das Eigenthumsrecht schützen solle, ist damit wohl nicht gemeint. Er sollte vielmehr nur bei der Entscheidung eines vorliegenden Falles seine Aufmerksamkeit besonders auf diesen Punkt richten.

Wie wir aus allen diesen Bestimmungen ersehen, konnten also verlorene Urkunden im Prozess durch andere Beweismittel ersetzt werden. Nur durfte dieser Ersatz nicht ohne weiteres eintreten. Für gewöhnlich genügte es, dass der Richter die Ueberzeugung gewann, dass wirklich die betreffenden Urkunden verloren und nicht nur der Verlust gewisser Vortheile willen von der Partei vorgeschützt werde (l. 5. C. J. IV, 21). In anderen Fällen hingegen musste der Urkundenverlust selbst durch Zeugen förmlich bewiesen werden[2]) (l. c. IV, 20 l. 18). Wo aber eine solche testatio amissorum instrumentorum eintrat, konnte sie nur geschehen zugleich mit dem Beweise des Inhaltes; denn nur das Zeugniss derjenigen, welche zugleich den Gegenstand der verlorenen Urkunden bezeugen konnten,

---

[2]) F. Strippelmann, Beweis durch Schrifturkunden II, p. 344 ff.

war beweiskräftig für den Urkundenverlust: Apud eos qui rem gestam ignoraverunt amissorum instrumentorum habita testatio nihil ad probationem veritatis prodesse potest l. 13. C. J. IV, 21.[3])

Konnte sonach eine gerichtliche Feststellung des Inhaltes zugleich mit der des Verlustes von Dokumenten durch die Instrumentszeugen oder wenigstens durch solche, denen die beurkundeten Thatsachen bekannt waren, zum Behufe eines einzelnen Prozesses erfolgen, so war damit auch die Möglichkeit gegeben, solchen gelegentlichen Beweis durch Aufnahme eines Protokolls über denselben vor einer mit dem ius actorum ausgestatteten Behörde auch für alle künftigen Fälle nutzbar zu machen. Ja, es lag nahe genug, sich nach Eintritt eines Urkundenverlustes den Beweis durch eine eigens hierzu vorgenommene „testatio amissorum instrumentorum" für alle Eventualitäten zu sichern.

Gegenüber dieser keinenfalls sehr einfachen, in vielen Fällen nicht einmal möglichen Art der Protestation verlorener Urkunden, wie sie dem ordentlichen Verfahren entsprechen würde, steht nun das Verfahren vor der Curie, wie es uns in den ältesten Formeln entgegentritt. Unsere Hauptquelle dafür ist Form. Arvern. 1 (= Rozière no. 403) und obwohl deren Verständniss sehr erschwert ist durch das barbarische Latein und die stellenweis unheilbare Verderbniss des Textes in der einzigen Handschrift, vermag uns eine möglichst genaue Interpretation derselben doch ein ziemlich vollständiges Bild dieses Verfahrens zu geben.

Von der einleitenden Arenga ist nur der Schluss: nascuntur, per hanc occasionem non perdant, erhalten, doch war der Hauptinhalt derselben vermuthlich der Satz, dass durch besonderen Unglücksfall verursachter Verlust von Urkunden den Besitzstand nicht beeinträchtigen solle.[4]) Hierdurch wird die „contestaciuncula seu plancturia" eingeleitet, in welcher ein

---

[3]) eos mit der Glosse auf die iudices und rem gestam auf die, amissio zu beziehen ist wohl nicht zulässig.

[4]) Vielleicht sind unter Aenderung des ersten Wortes in noscuntur die vorausgehenden Worte unter Benutzung einer Stelle des Textes zu ergänzen: quicquid per ipsas stromentas eo tempore habere noscuntur p. h. o. n. p.

Einwohner der Auvergne und seine Ehefrau unter Berufung auf die Offenkundigkeit der Thatsache (dum non est incognitum) erklären, dass sie durch einen Heereszug der Franken ihre Urkunden eingebüsst haben. Dabei zählen sie die einzelnen Dokumente auf, und wie entstellt auch gerade dieser Theil der Formel ist, so kann man doch daraus sehen, dass bei den wichtigeren der verlorenen Urkunden genau angemerkt wurde, auf welche Grundstücke sich die in ihnen enthaltenen Besitztitel bezogen,[5]) während andere nur ihrer Gattung nach charakterisiert, und endlich alle nicht besonders genannten, darunter auch diejenigen, welche nicht den Beschädigten selbst gehörten, sondern ihnen nur commendiert waren, zusammengefasst erwähnt werden. Hieran schliesst sich der Satz: Et petimus, ut hanc contestaciuncula seu plancturia per hanc cartolas (= pro his cartolis) in nostro nomine collegere vel adfirmare deberemus, quo*d* ita et fecimus, und darauf folgt unter Berufung auf die Bestimmung von Honorius und Theodosius die Erklärung, dass diese Schrift drei Tage hindurch an der Kirchthür zu Clermont oder auf offenem Markte ausgehängt sei: ad hostio sancto illo, castro Claremunte per triduum habendi (=appendimus) vel custodivimus, seu in mercato puplico. Ganz dem entsprechend stellt die auf alter Formel beruhende Arenga der Urkunde bei Ménard I, Preuves 6. das Verfahren dar: si instrumenta cartarum per turbas hostium etc. destructas vel deperditas (fuissent, ut) hoc innovetur, auctor curialium (=curialibus) proponat et contestatiuncula[6]) seu et plancturia contra collecta ad aures[7]) publice per biduum vel

---

[5]) ut possessio nostra per hanc occasionem n o s t r o r u m p a t e r giebt durchaus keinen Sinn, ebensowenig vindedit im Folgenden. Letzteres mag aus vinditio et verderbt sein. Sicher ist statt nostrorum pater zu schreiben non rumpatur, wie sich aus der erwähnten Urkunde bei Ménard ergiebt, für welche eine der unsrigen sehr ähnliche alte Formel benutzt wurde. (Vergl. z. B. die in beiden buchstäblich gleichlautende Anrede: te vir laudabilis — defensor necnon et vos honorati, que curas publicas agitis assidue). Die unserer Stelle entsprechende lautet dort: *ut*possessio nostra per hanc occasionem non rumpat*ur*.

[6]) contestatiuncula ist herzustellen für das bei Ménard befindliche sinnlose „quos testati nullas", einen Fehler, der paläographisch leicht zu erklären ist.

[7]) Siehe unten p. 98 f.

triduum appendat. Das „curialibus proponere, ut hoc innovetur“ entspricht dem Antrage in der Formel: petimus, ut hanc contestaciuncula seu plancturia — colligere et adfirmare deberemus und auf das colligere des Dokuments erfolgt in beiden Fällen die öffentliche Aushängung. — Die von der Schrift des Urkundenverlierers gebrauchten Ausdrücke (contestatiuncula = contestatio, öffentliche Erklärung vor Zeugen; plancturia = libellus querelae) sind ihrer Bedeutung nach klar; weniger deutlich ist, was unter colligere in beiden Quellen zu verstehen sei. Später kommt vor: noticiam in testimonium colligere (Vaissette, Hist. de Languedoc II no. 109 a. 878), wo colligere wohl von dem Einsammeln der Zeugenunterschriften auf das Beschaffen des Dokumentes selbst übertragen ist. Schon Theodosius und Honorius gebrauchen aber das Wort in ähnlicher Weise von der Thätigkeit der Notare, welche einen ebenfalls zur öffentlichen Ausstellung bestimmten libellus querelae abzufassen oder zu beglaubigen hatten (officia, per quae libellum colligi oportebit, l. 9. C. J. I, 55). Eben die Beglaubigung wird darunter zu verstehen sein, denn in einem analogen Falle bestimmt Justinian, dass die öffentliche Ausstellung der Klageschrift gegen einen Abwesenden stattfinden solle: seu cum tabulariorum subscriptione vel, si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione (l. 2. C. J. VII, 40). Wir werden also annehmen dürfen, dass die über den Urkundenverlust berichtende contestatio vor ihrer öffentlichen Ausstellung ebenfalls in dieser Weise durch einen Notar oder durch Zeugen beglaubigt war. Das Aushängen selbst konnte nach unserer Formel geschehen: in ostio sancti — also an der Kirchthür —, seu in mercato puplico, und wie der folgende Satz offenbar sagen will, ordnete die Curie selbst oder einer der öffentlichen Notare, vermuthlich derselbe, welcher bei dem contestationem colligere thätig war, an, wo der Anschlag erfolgen sollte: in quo ordo curie duxerunt aut regalis vel amanuensis vestri aut (aliarum) personarum ipsius castri.[8]) Während der 2 oder 3 Tage des öffentlichen Aushängens

[8]) regalis sc. amanuensis ist vielleicht der vom Könige ernannte öffentliche Notar der westgothischen Verfassung: vgl. Lex Visigoth. VII, 6, 9 (Antiqua) im Gegensatz zu dem der Curie einer- und den Notaren

musste der Kläger — so wollen wir den Verfasser der plancturia kurz bezeichnen — den Anschlag, offenbar um zu erwarten, ob Widerspruch gegen dessen Inhalt erhoben würde, bewachen, wie das neben unserer Formel auch noch eine andere aus Bourges stammende bezeugt; und erst nachdem dieses rite geschehen, wurde die plancturia vor Defensor und Curie gebracht, verlesen und zur Beglaubigung durch Unterschriften vorgelegt. (cf. Form. Bitur. Roz. no. 404: deposco, ut — triduum apensionis secundum lege consuetudinis, quod ego ibidem custodivi, — mihi adfirmare deberitis.)

In der Formel von Clermont folgt auf den ersten Theil, welcher die schriftliche Eingabe an die Munizipalbehörde um Unterzeichnung der inserierten, bereits in der gesetzlichen Weise publizierten contestaciuncula seu plancturia enthält, noch ein Gesta überschriebenes Protokoll über die mündliche Wiederholung des Antrages durch den Kläger, woraus wir erfahren, dass derselbe die Schrift nach der Unterzeichnung durch Defensor und Curialen zum Gebrauch in etwaigen Prozessen zurückerhielt, dieselbe jedoch zur Eintragung in die gesta municipalia wieder deponierte.

Das hiermit beendigte Verfahren bestand also, um es noch einmal kurz zusammenzufassen, darin, dass derjenige, welcher seine Urkunden verloren hatte, eine von ihm mit Genehmigung der Munizipalbehörde verfasste und beglaubigte feierliche Erklärung über den Verlust drei Tage öffentlich ausstellte, dann von derselben Behörde unterschreiben und sich damit die Erfüllung der vorgeschriebenen Formalitäten, insbesondere der „triduum apensio", beglaubigen liess.

Dieses Verfahren unterschied sich allerdings sehr wesentlich von der testatio amissorum instrumentorum, wie wir dieselbe aus den römischen Constitutionen kennen lernten; vor allem dadurch, dass hier ein förmlicher Beweis des Inhaltes der verlorenen Dokumente gar nicht erbracht, sondern nur eine feierliche Erklärung des Beschädigten dadurch, dass sie ohne Widerspruch zu erregen öffentlich ausgestellt worden

---

anderer Personen, etwa des Bischofs, andererseits. Uebrigens ist castri, welches alle Ausgaben haben, nur Conjectur; die Handschrift hat deutlich: carta.

war, als glaubwürdig anerkannt wurde. Die Bedeutung einer so beglaubigten contestatio war denn auch gewiss nicht die, als ob durch sie der Inhalt aller verlorenen Urkunden bewiesen und damit diese selbst gleichsam erneuert wären. Vielmehr ist die Bedeutung derselben einmal in der Constatierung des Urkundenverlustes überhaupt, welche dem davon betroffenen die Möglichkeit gab, an Stelle der ihm gehörigen, untergegangenen Dokumente erforderlichen Falls andere Beweismittel treten zu lassen, und in Bezug auf die ihm etwa bloss in Verwahrung gegebenen, dem Anspruche auf Rückgabe zu begegnen, ausserdem aber ganz besonders in der Sicherung der in der contestatio namhaft gemachten Besitztitel durch die öffentliche Anerkennung zu suchen.

Insofern konnte die beglaubigte contestatio gradezu als ein Ersatz der verlorenen Urkunden betrachtet werden, wie denn auch die Unterschriften des Defensors und der Curialen in der Formel als Heilmittel für den Verlust bezeichnet werden: ut quocumque (quaecumque?) perdictionis nostras per vestra adfirmatione iusta auctoritas (= iusta auctoritatis oder iuxta auctoritatem) remedia consequa*n*tur. Was sonst die Formel selbst über den Zweck des Verfahrens sagt, ist leider im Texte theils verstümmelt, theils entstellt, so dass der Sinn nicht immer genau festzustellen ist. Deutlich genug ist jedoch der Satz: ut quit*quid* per ipsas stromentas eo tempore habere noscuntur (noscimur?), possessio nostra per hanc occasionem non rumpatur; und dass derselbe Gedanke, dass trotz des Verlustes der Besitzstand erhalten bleiben sollte, auch in der grösstentheils verlorenen Arenga enthalten war, ist aus den wenigen erhaltenen Schlussworten mit grosser Wahrscheinlichkeit zu entnehmen.

Ausserdem giebt der Verfasser der contestatiuncula als Zweck der Beglaubigung durch die signacula vel subscriptiones der Behörde an: ut nostra firmitas (= nostram firmitatem) legum auctoritas (= auctoritate) revocent in propinquietas, und nachher: ut, quomodo mihi necessarium fuerit, causella*s* meas aut in praesentia dominorum vel iudicibus (= iudiciis?) adversariorum meorum revocent in proquietas. Gewiss sind zu revocent in propinquietatem beidemal die signacula vel subscriptiones als Subject, als Object in der ersten Stelle

nostram firmitatem, in der anderen causellas meas zu verstehen.

In Ducanges Glossar ist nun die Meinung ausgesprochen, es sei propinquietas oder proquietas aus proprietas entstellt. Causellas oder causas revocare in proprietatem lässt sich erklären, wenn man causa in der für die frühere Zeit ungewöhnlichen Bedeutung von Streitobject, Sache (chose) nimmt. Mehr Schwierigkeit bereitet das Verständniss der ersten Stelle. Hier muss firmitas als firmitas possedendi gefasst werden. (cf. l. 1. C. J. X, 21: data perpetua firmitate possedendi.) Immer jedoch könnte firmitatem revocare in proprietatem nur mit Zuhülfenahme einer starken Uebertragung gesagt werden. Doch wie dem auch sei, im ganzen erkennt man als den Sinn beider Stellen, dass die Unterschriften der Munizipalbehörde die Rechte des Besitzers vor Gericht erweisen und schützen helfen sollen. — Wie hier die Unterschriften der Behörde als das bezeichnet werden, wodurch der Urkundenverlust seine Heilung findet, so sagt in wunderlicher Weise die mehrerwähnte Urkunde bei Ménard: per aures municipales remedia consequuntur.[9]) Aehnlich heisst es weiter unten: ad aures publice — appendat. Im Eingange der Formel von Bourges wird gesagt: Consuetudinis lecum indulgentia prestans, ut quocienscumque unicuique insticante parte adversa vel per neclientia aliquis casu fragilitatis contigerit, oportit eum auribus publices innotisci. Man kann diese Stellen nur so verstehen, dass die Ohren, das Gehör, als wesentliches Mittel zur Kenntnissnahme für die Kenntnissnahme überhaupt steht.[10]) Grade beim Prozess wegen Urkundenverlustes scheint dieser Ausdruck üblich gewesen zu sein zur Bezeichnung der Publizität. Sonderbar genug klingt es freilich, wenn gesagt wird, dass eine Schrift öffentlich ad aures ausgehängt wird. Vielleicht war es nöthig dieselbe von Zeit zu Zeit laut zu verlesen, da in diesen Zeiten sicher

---

[9]) Im Druck steht aures municiales und es ist auch bei Ducange der Versuch gemacht dieses Wort von munire abzuleiten und die a. m. als solche zu erklären, welche etwas unsicher gewordenes wieder befestigen. Es ist wohl nicht nöthig dieser gezwungenen Erklärung gegenüber unsere leichte Aenderung zu rechtfertigen.

[10]) Man vergleiche in Diplomen häufige Wendungen wie ad aures clementiae nostrae pervenit.

viele des Lesens unkundig waren.[11]) Dass die Veröffentlichung des Verlustes als das wesentlich wirksame im Verfahren bezeichnet wird, ist durchaus richtig und widerspricht nicht jenen Stellen, wo das ganze Gewicht auf die Unterschriften gelegt wird, denn diese dienten ja nur dazu, den Beweis für diese geschehene Veröffentlichung auf die Dauer zu sichern.

Dass dieses ganze summarische Verfahren der Protestation verlorener Urkunden, so sehr es von der älteren testatio amissorum instrumentorum abweicht, doch rein römisch und nicht etwa westgothisch oder fränkisch war, geht zur Genüge daraus hervor, dass dasselbe wesentlich auf die Wirksamkeit römischer Behörden basiert ist. Man muss aber annehmen, dass es auf einer besonderen uns sonst unbekannten gesetzlichen Bestimmung ruht, und wenn unsere Formel eine solche auf Honorius oder Theodosius zurückführt, so ist es nicht unwahrscheinlich, dass sie darin Recht hat. Gewiss war gerade die Zeit dieser Herrscher, die Zeit, wo Alarich in Italien einbrach und germanische Völkerschaften Gallien und Spanien überschwemmten, darnach angethan, im Abendlande das Bedürfniss nach einem einfachen, schleunigen Verfahren zur Sicherung des Besitzes, wenn die schriftlichen Beweise der Rechtstitel in der Verwirrung des Krieges durch Brand und Plünderung untergegangen waren, zu erwecken. Sicher war allein auf die Fälle, wo solche besonderen Unglücksfälle die Ursache des Verlustes bildeten, das Verfahren beschränkt. Gerade nach Gallien mag damals ein darauf zielendes kaiserliches Dekret erlassen sein, welches verloren gieng und wie so manche andere Constitution nicht in die Rechtssammlungen aufgenommen wurde. Nur in Gallien nämlich finden sich die wenigen Beispiele dieses Verfahrens, und nur von den späteren Herren dieses Gebietes, den Franken, ist dasselbe aufgenommen und der germanischen Verfassung entsprechend umgebildet worden,

---

[11]) Auf die Spitze getrieben scheint die verkehrte Anwendung des Ausdruckes in der ebenfalls von Urkundenverlust handelnden Formel, Roz. 410, wo es heisst: Quociens . . naufragium evenit destitucio cartarum, quod hoc publicis a u r i b u s est i n t u e n d u m; doch wird man, obwohl der gleiche Unsinn in diesem Stücke noch einmal wiederholt wird, nach der Formel von Bourges „innotiscendum", wofür im damaligen Latein wohl innotuendum stehen mochte, verbessern dürfen.

während z. B. den Westgothen in Spanien ein solches summarisches Verfahren unbekannt blieb. Diese hatten nur eine dem älteren ordentlichen römischen Verfahren entsprechende Art der Ersetzung verlorener Urkunden ausgebildet.[12])

II.

Der fränkische Appennis.

Das summarische Verfahren bei Urkundenverlust haben die Franken von den Römern übernommen, aber wie manche andere römische Einrichtung nicht nur äusserlich der germanischen Verfassung und deren Organen angepasst, sondern auch in wesentlichen Punkten ihrer Rechtsanschauung gemäss umgebildet.

Ein sehr deutliches Bild von der Gestalt, welche die Franken dem Vorgange gegeben haben, finden wir in den dem

---

[12]) Lex Visig. VII, 5, 2. — Quod si de suprataxatis capitulis nil videatur accidere — sed sola neglegentia, casu atque incuria suam quisque perdiderit scripturam, vel sibi dixerit fuisse ablatum; si testis qui in eadem scriptura subscripsit adhuc superstes existit, per ipsum poterit coram iudice omnis ordo scripturae perditae reparari. Quod si testem ipsum, qui in ea scriptura subscriptor accessit, mortuum esse contigerit; tunc si legitimi et cognitiores reperti fuerint alii testes, qui eandem scripturam se dicant vidisse et omnem textum vel firmitatem eiusdem scripturae plenissime nosse: similiter publica iudicum investigatione per eorum testimonium ille qui scripturam perdidit, poterit suum reparare et percipere veritatem. Die gerichtliche Reparatio verlorener Urkunden konnte also auf die Aussage eines Instrumentszeugen hin geschehen; war ein solcher nicht mehr am Leben, so genügte das Zeugniss solcher, welche die Urkunde gesehen, sich von der Echtheit überzeugt hatten und den Text derselben kannten. Interessante Beispiele für diese westgothische reparatio cartarum finden sich in Marca hispanica, Append. no. 39—41 vom Februar 879. Durch eine Ueberschwemmung war das Kloster St. Andreae zu Exalada zerstört und seiner Urkunden verlustig geworden, welche nun durch ein genau der angeführten Gesetzesstelle entsprechendes Verfahren vor Gericht repariert werden. Die Zeugenaussagen für jede einzelne Urkunde werden besonders protokolliert, das Urtheil aber eine ganze Reihe von Urkunden zusammenfassend gefällt. No. 39 enthält die reparationes derjenigen Urkunden, für welche noch Instrumentszeugen vorgeführt werden konnten, die beiden folgenden Stücke die derjenigen, für welche nur Zeugen der anderen im Gesetze erlaubten Kategorie vorhanden waren. Ganz etwas anderes ist der Inhalt von no. 37, wo die noch lebenden Aussteller verlorener Urkunden dieselben erneuern.

6. Jahrhundert angehörigen Formeln von Angers,[13]) weshalb es gestattet sein mag, unsere Darstellung zunächst an einen hier zu Grunde liegenden Fall anzuschliessen.

Es verlor jemand durch einen nächtlichen Ueberfall mit der übrigen beweglichen Habe auch seinen gesammten Urkundenvorrath. In Folge dessen musste er am nächsten Morgen in aller Frühe (in crastenum maturius mane) den Richter (iudex, iudex publicus) mit den Dorfgenossen oder dem ganzen Kirchspiel (vicinis circa manentis seu et universa parocia) an den Ort der Gewaltthat berufen. Nachdem diese hier versammelt waren und die angerichtete Verwüstung, die erbrochenen Thüren, eingerissenen Zäune und sonstigen Anzeichen für die gewaltsame Entwendung der fehlenden Sachen gesehen hatten, bat der Beschädigte um Ausstellung einer notitia relationis, welche den Hergang, soweit er den Anwesenden bekannt war, im wesentlichen also die Thatsachen der Verwüstung, welche man vorgefunden, beurkunden sollte. Diese notitia, vom Richter und der Versammlung unterschrieben, sollte, wie ausdrücklich bemerkt wird, den Zweck haben, die Erlangung des Appennis in der Stadt zu erleichtern (ut melius possit exinde appenne in civitate regione ipsius prosequaere et adfirmare; And. 33).

Hierhin musste sich der Beraubte nun begeben, um vor einer Versammlung, welcher Graf und Bischof präsidierten, seine Sache vorzubringen. Er erzählt ausführlich den Hergang und erhärtet seine Aussagen durch Vorlegung der am Thatorte aufgenommenen notitia relationis.

Nachdem hiervon die vorsitzenden seniores Kenntniss genommen, wurden, zur sorgfältigeren Erforschung der Wahrheit, Zeugen aufgerufen und zwar aus der Gemeinde des Klägers anwesende, glaubwürdige Männer, um wahrheitsgemäss zu berichten, was sie von der Sache wussten: Dum taliter diligencia inquirere viditur, sublectum fuit ad ipsas bonas stranias (= strenuas) personas vicinis circamanentis, qui bene optime ex hoc conperti aderant, quid exinde cognuscibant

[13]) Form. Andeg. 31 und 33 = Roz. 406 und 405 für das Vorverfahren, And. 32 = Roz. 407 für das abschliessende Verfahren.

veraciter enerrare deberent.[14]) Da nun in unserem Falle diese Zeugenaussagen übereinstimmten mit der schriftlichen Relation (Se*d* ipsi homo (= homines) taliter prebuerunt testimonium, ut inspecta illa epistola, quem illi presentabat, sua denonciacionem veraciter concordabant), so urtheilten (denonciaverunt) die Versammelten, „dass der Kläger alles, was er seit einer bestimmten Reihe von Jahren bis jetzt recht- und gesetzmässig (recti et legaliter) — oder, wie eine andere Formel hervorhebt, unangefochten (quieto ordine) — besessen habe, auch künftig für sich und seine Erben behalten solle.“ Eine mit den Unterschriften der Versammlung versehene Urkunde, welche Verhandlung und Urtheil enthält, wird als carthola, qui vocatur appennis, in zwei gleichlautenden Exemplaren ausgestellt, deren eines der Kläger, wie eine andere Formel hinzufügt, zum Gebrauch in den Gerichten (Form. Sirm. 28 = Roz. 408) erhält, während das andere auf öffentlichem Markte ausgehängt wird. Ein wesentlich gleiches Verfahren mit einzelnen, in anderem Zusammenhange zu berücksichtigenden Abweichungen wird in der erwähnten Formel von Tours, sowie in der aus Sens stammenden, App. 46, dargestellt.

Was nun den Charakter der beiden urkundenden Versammlungen angeht, so hat zuletzt Sohm (fränk. Reichs- und Gerichtsverf. p. 195) entsprechend der schon früher geltenden Annahme die letzte, in welcher der Appennis selbst ertheilt wird, für das Echteding des Grafen erklärt. Die Appennis-

[14]) sublectum fuit ad u. s. w. scheint nicht zu bedeuten: die relatio wurde ihnen vorgelesen, da nachher die Vergleichung der Aussagen mit der Urkunde erwähnt wird. Es soll wohl heissen, sie wurden ausgewählt, aufgerufen. Täuscht uns nicht alles, so haben wir hier ein Verfahren, welches dem späteren Inquisitionsbeweise ziemlich entspricht. Das Wort inquirere allein würde nichts ausmachen, aber die Zeugen sind doch im Gegensatz zu der Urkunde wohl nicht von der Partei produziert. Die Aufforderung an die Zeugen lässt auf ein Wahrheitsversprechen ihrerseits schliessen, „alles sagen zu wollen, was sie in der Sache wissen“, und endlich sind die bonae strenuae personae vicini circamanentes, qui bene optime ex hoc conperti aderant, den testes boni, veraces, optimi pagensium, welche Brunner als charakteristisches Merkmal des Inquisitionsbeweises bezeichnet, zu vergleichen. (Vergl. Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis Sitz.-Ber. d. Wien. Ak., phil.-hist. Cl., B. 51, p. 343 ff. bes. p. 408 f.)

ertheilung ist ein auf die Bestätigung des Besitzstandes lautendes Urtheil dieses Gerichtes.[15]) Freilich wird der Charakter der Versammlung zu Angers durch römische Floskeln in der Einleitung der für die dort aufzunehmende Urkunde bestimmten Formel (And. 32) etwas verdunkelt, doch geht aus den Vorgängen selbst deutlich genug hervor, dass es sich um eine Gerichtsversammlung handelt.

Zweifelhafter könnte erscheinen, ob auch die Formel von Tours von einem Vorgange vor dem Grafengerichte handelt, da des Richters und des Gerichtes gar nicht Erwähnung geschieht, dagegen in der Arenga gesagt ist, wer seine Urkunden verloren habe, müsse diess in foro publico cum curia publica et defensore vel reliquis civibus publicare. Jedoch im Texte selbst werden auch Defensor und Curie nicht erwähnt, vielmehr wird geflissentlich die Nennung der thätigen Behörde umgangen, was sich aus den romanisierenden Bestrebungen des Verfasser zur genüge erklärt. Auf die Erwähnung römischer Beamten in der Vorrede ist hier aber noch weniger Gewicht zu legen als in der Formel von Angers wegen eben dieser Tendenz des Verfassers der Sammlung, welcher sogar Stücke, in denen rein deutsches Recht zur Anwendung kommt, mit mehr oder weniger passenden Citaten aus der Lex Romana Visigothorum zu schmücken weiss. Das Verfahren stimmt überein mit dem der Formeln von Angers und Sens; hier wie dort ist der Inhalt des Appennis ein Urtheil über den ge-

[15]) Das Urtheil lautet in den drei Formeln nicht ganz überein. And. 32: ut quicquid per annorum spacia de eo tempore usque nunc recti et legaliter possederat, in antea obsolve principale negotio recto tramine testata lege servit res suas ipsis aut heredi subtenire et possedire faciant. Sirm. 28: ut quantumcunque per ipsa strumenta tam in terris quam in mancipiis seu reliquis rebus, sicut usque nunc quieto ordine tenuit et possedit, ita et admodum liceat in antea ipsas res quiete tenere et possidere et cui voluerit — derelinquere. App. 46: ut quicquid ex haccessione parentum aut ex contractu habebat, tam per venditiones, donationes, cessiones, iudiciis, obnoxiationes, cautiones, commutationes seu prae ceteris scripturis ad eum pervenit dominum vel potestate *de*inceps perveniatur in suo iure, absque refragationis vel modolationis in suo permaneant. Dieser letzte Appennis ist deshalb merkwürdig, weil er seine Wirkung auch auf etwaigen Besitzzuwachs, welcher aus den in den verlorenen Dokumenten enthaltenen Rechtstiteln sich ergeben sollte, erstreckt.

sammten Besitzstand, welches bestimmt, dass der, dessen Urkunden zerstört sind, alles, was er bisher unangefochten besessen habe, auch ferner ungestört behalten solle. Ein solches aber konnte im 8. Jahrhundert zu Tours sicher nicht von der Curie, sondern nur vom fränkischen Volksgerichte ausgehen.[16]) Ganz ausdrücklich charakterisiert sich die Appennisertheilung als vom Echteding des Grafen ausgehend in der Formel von Sens.

Die erste Versammlung, in welcher das Vorverfahren stattfindet, erklärt Sohm, wie wir meinen, mit Recht für das Gericht des Centenars schon aus dem Grunde, weil ein anderer judex als der Hundertschaftsbeamte, also der Graf, doch nicht immer zur Hand war. Nur möchten wir hervorheben, dass dieses Gericht zugleich den Charakter eines Nothgerichtes trägt, ganz ähnlich dem, welches über den ferbattutus richtet (Form. Sirm. 30). Das Gericht, welches der Kläger sofort, d. h. im Falle das Ereigniss in der Nacht eintritt, in der ersten Frühe des nächsten Morgens beruft, begiebt sich wie dort an den Ort der That.[17]) Das entspricht ganz dem Verfahren auf „handhafter That", doch führt dasselbe in unserem Falle nicht gleich zu einem Urtheile. Wenn nun Sohm diesen letzteren Umstand damit erklärt, dass die Appennisertheilung ein Urtheilen über Immobilien gewesen sei und deshalb zur Competenz des Grafengerichtes gehört habe, so kann man dem entgegenhalten, dass doch sonst ein Nothgericht über handhafte That die Competenz des echten Dinges haben konnte. Allein reicht dieser Grund also wohl nicht

---

[16]) v. Bethmann-Hohlweg führt Civilprocess IV, p. 494, Note 75 wie Form. Arvern. 1, so auch die von Tours als Beispiele für das römische Verfahren an. Gegen die von Ehrenberg, Commendation und Huldigung, Weimar 1877, aufgestellte Ansicht, dass die Sammlung von Tours dem 6. Jahrhundert angehöre, vgl. Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde, VI, 1: Ueber die älteren fränkischen Formelsammlungen.

[17]) Die Ausdrücke hierfür sind im Appennisverfahren ganz entsprechend dem in der erwähnten Formel: locale accessione — in ipso loco accessisse, And. 32, in eundem prospecto accesserunt, And. 31. Die Vergleichung ergiebt, dass man locum accessionis in Sirm. 30 nicht mit Sohm als „Ort des Auflaufs" fassen darf (cf. Sohm, Reichs- und Ger.-Verf. p. 441, Note 151), sondern als „Ort der Hinkunft des Gerichts."

aus. Es ist auch zu beachten, dass mehrfach bemerkt wird, der Appennis müsse „in der Stadt“ erwirkt werden. Vgl. And. 31: qualiter melius possit Andecavis civetate adfirmare; And. 33: ut melius possit exinde appenne in civitate regione ipsius prosequaere; Sirm, 28: necesse fuit, ut — — Turonus civitatem appennem exinde deberent adfirmare. Nach der fränkischen Gerichtsverfassung, in welcher, wie Sohm ausführt (p. 273 ff.) die Gerichtsstätten der Gauhauptstädte denen in den Hundertschaften durchaus coordiniert waren, so dass ein Echteding sowohl hier wie dort gehalten werden konnte, wäre diese Bevorzugung der ersteren in der Appennisertheilung schwer zu erklären. Wir müssen hier Nachwirkungen römischer Verhältnisse annehmen. Es ist sehr erklärlich, dass ein Geschäft, welches früher der Curie in der Stadt obgelegen hatte, in fränkischer Zeit zunächst wenigstens gerade dem städtischen Gerichte, welches an deren Stelle trat, vorbehalten blieb, besonders die Appennisertheilung, für welche das Vorhandensein eines verkehrsreichen Marktes zur Aushängung der Urkunde erwünscht sein musste.

Unter den gegenüber dem römischen Verfahren vorgegangenen Veränderungen springt diese Verlegung der abschliessenden Verhandlung aus der Curie in das Grafengericht zunächst ins Auge. Die Gründe derselben sind unschwer zu erkennen. Die sinkende Autorität der Munizipalbehörden musste auf den Werth einer vor ihnen vorgenommenen Beurkundung nachtheilig einwirken. Freilich gewährte eine solche Urkunde auch in den fränkischen Gerichten wohl dieselben prozessualen Vortheile wie jede andere, doch musste im Fall ihrer Anfechtung der Inhalt im vollen Umfange durch Zeugen erwiesen werden. Anders war es, wenn die Urkunde ausgestellt war über ein Urtheil des Volksgerichtes, denn ein solches Urtheil war, wenn nicht rechtzeitig die gegen dasselbe anwendbaren Rechtsmittel geltend gemacht waren, unantastbar. Allerdings blieb dabei die über das Urtheil aufgenommene Urkunde anfechtbar, und falls sie angefochten wurde, musste durch Zeugen die Wahrheit des Beurkundeten bewiesen werden. Dieses war aber nicht mehr die Thatsache des Urkundenverlustes oder des unangefochtenen Besitzes, sondern nunmehr allein das an sich nicht mehr anfechtbare Urtheil. Dass die

Urkunde wirklich ein Urtheil des competenten Gerichtes enthielt, d. h. ihre äussere Echtheit vorausgesetzt, war nachzuweisen; und ein solcher Nachweis war gewiss bei der ausserordentlichen Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen stets leicht zu beschaffen.

Wie die Appennisertheilung als ein Urtheilen des Gerichts aufzufassen ist, so ist natürlich das ganze Verfahren als Prozess zu betrachten, in welchem der Kläger, nachdem er mit dem Verlust seiner Urkunden die Möglichkeit des leichten Nachweises seiner Besitztitel verloren, seinen bisherigen Besitzstand gegen Jeden, der ihm denselben streitig machen könnte, sich gewissermassen vindiciert. Es ist aber ein Prozess, in welchem der Beklagte fehlt. Denn wenn man in dem Falle der Formeln von Angers auch den abwesenden Urheber des nächtlichen Ueberfalls als Beklagten betrachten wollte, so fehlt doch ein solcher Gegner in anderen Fällen des Urkundenverlustes gänzlich; z. B. in der Formel von Tours, wo der Besitzer selbst die Urkunden vergraben und dadurch, wiewohl gegen seine Absicht, das Vermodern derselben bewirkt hatte; oder in der Formel von Sens, wo eine zufällig entstandene Feuersbrunst die Urkunden zerstört hatte. Schon hierdurch wurde bedingt, dass man den Appennisprozess nicht schlechtweg nach dem Muster des alten fränkischen Prozesses, der doch gerade auf Handlung und Gegenhandlung der Parteien beruhte, einrichten konnte. Er zeigt denn auch vielmehr den Charakter eines Prozesses nach Amtsrecht, wie ihn Sohm dem alten volksrechtlichen Verfahren entgegenstellt. Der Richter leitet denselben, ihm werden von der Partei die Beweismittel erbracht. Genügten ihm dieselben nicht, so konnte er daneben noch die Vernehmung von Zeugen anordnen, wie aus der Formel von Angers deutlich hervorgeht, wo das Gericht erst auf Grund der Uebereinstimmung zwischen der notitia relationis und den Aussagen solcher Zeugen sein Urtheil spricht; vgl. oben p. 102 Note 14.

Die öffentliche Aushängung, welcher das ganze Verfahren seinen Namen verdankt, hat das fränkische Recht von dem römischen übernommen, aber die Bedeutung dieser Prozedur völlig verändert. Die Publizierung der römischen contestatio v o r der das Verfahren abschliessenden Bestätigung durch die

Curie sollte Gelegenheit geben, Einsprache zu erheben und dadurch den Abschluss in der Curie zu inhibieren. Im fränkischen Verfahren folgt diese Aushängung auf das abschliessende Urtheil des Gerichts.

Es fragt sich, ob diese Formalität so noch etwas andres bedeuten konnte als einen dem sonstigen Gebrauche wenig entsprechenden Akt der Publikation des Urtheils. Wir dürfen wohl in der That etwas mehr darin erblicken. Das fränkische Recht forderte von der unterliegenden Partei das Anerkenntniss des Urtheils oder die Geltendmachung der gegen dasselbe zuständigen Rechtsmittel. Davon konnte hier natürlich nicht die Rede sein, was dann veranlassen mochte, dass man das Urtheil in dieser Sache nicht als definitive Entscheidung behandelte und demgemäss nicht eine Urkunde über dasselbe für den Sieger, sondern „cartae pariculae" ausstellte, deren eine der Kläger erhielt, während die andere in Ermangelung der Gegenpartei durch Anschlag der Oeffentlichkeit übergeben wurde, um dadurch demjenigen, welcher sich durch das Urtheil in seinen Rechten beeinträchtigt glauben konnte, Gelegenheit zu geben, seine Ansprüche geltend zu machen. Welche Schritte gegen den Appennis jetzt noch möglich waren, wissen wir nicht; vielleicht konnte der Fall vor den König gebracht werden. Blieb die öffentliche Ausstellung ohne Erfolg, so mochte dadurch das vorläufige Urtheil in ein endgiltiges verwandelt werden. Dass es nicht ohne weiteres für ein solches galt, dafür spricht auch, dass man vermied, den sonst für definitive Urtheile technischen Ausdruck „iudicium, iudicare" für die Appennisertheilung zu gebrauchen. In einem Falle wird der materielle Inhalt des Appennisurtheils direkt mit denonciaverunt, ut eingeführt (And. 32), während ein andermal formell auf die Ertheilung der Urkunde erkannt wird: cartola relatione — dare decreverunt, ut — (App. 46). Die Bezeichnung relatum und relatio wird von verschiedenen auf das Verfahren bei Urkundenverlust bezüglichen Schriftstücken gebraucht; zunächst von der Urkunde, welche im Vorverfahren über den Unfall aufgenommen wurde (relacionem, noticia relacionis And. 31—33.); ferner von der auf Erlangung einer königlichen Urkunde in solcher Angelegenheit gerichteten Eingabe, wovon später zu handeln ist; endlich aber auch von der eigent-

lichen Appennisurkunde selbst. Dass eine Handschrift, welche unter verschiedenen den Urkundenersatz betreffenden Formeln auch Sirm. 28 enthält, diese „item alium relatum" überschreibt, würde allein nicht viel ausmachen, aber auch der Appennis von Sens (App. 46) wird in der Ueberschrift als relatum, que dicitur apennis, und auch im Texte selbst als cartola relatione, que dicitur apennis, bezeichnet. Ebenso wird ein Appennis in einem Placitum vom Jahre 780 erwähnt als relatum.[18]) Dass aber relatum und iudicium in Bezug auf Gerichtsurkunden streng geschieden wurden, zeigt Sirm. 30, 31. Hier wird dem, welcher den anderen in Nothwehr erschlagen hat, zunächst, nachdem er selbdreizehnt den Hergang beschworen, hierüber eine notitia ad instar relationis oder relatio zugestanden, dann erst wird das iudicium, welches auf den endgültigen Beweis mit 36 Helfern über 6 Wochen erkennt, gefällt und über beide Urtheile eine relatio cum iudicio genannte Urkunde aufgesetzt. Wenn so das Appennisurtheil streng genommen nicht als iudicium galt, so entspricht das völlig dem Umstande, dass der ganze Prozess sich in Formen bewegte, welche von denen des fränkischen Volksrechtes stark abwichen.

Wie das römische Verfahren in der Formel von Clermont, so ist auch die Appennisertheilung im fränkischen Volksgericht ein ausserordentliches, summarisches Verfahren, welches zur Voraussetzung hatte, dass ein besonderer Unfall den Verlust der Urkunden verursacht[19]) und dass der davon betroffene

[18]) Cartul. St. Victor. Massil. I, 31 p. 44: Maurontus episcopus — — alium relatum ibidem ostendidit, quo Abbo patricius iuxta legis ordinem de intericione cartarum inscribere (iussit?) in publico vel coram bonis sacerdotibus atque inlustribus personis, sicut lex est, roborata ostendidit de ipsas cartas, quos Antener patricius malo ordine et iniquo ingenio de ipsa archa Sti Victoris abstraxerat et incendere ordinavit.

[19]) Deshalb wohl hebt die Formel von Tours (Sirm. 28), nach welcher der Besitzer die Urkunden selbt dem Vermodern ausgesetzt hatte, so ausdrücklich hervor, dass die Furcht vor dem Feinde die Ursache des Vergrabens gewesen sei (per timorem illius, qui T. civitatem anno presente hostiliter venit, et multa mala ibidem perpetravit strumenta sua — — — sub terra in villa illa misit et ibidem conputruerunt et perierunt). In der Arenga werden als Ursachen Krieg, Brand und Raub besonders aufgeführt.

sofort auf frischer That ein Nothgericht berief. Auf die Wahrscheinlichkeit, welche die Feststellungen dieser Versammlung für die vom Kläger behauptete Thatsache ergaben, sowie auf die Offenkundigkeit der Besitzverhältnisse desselben hin, bestätigte ihm das Grafengericht aus Anlass des Urkundenverlustes den gesammten Besitzstand. Die in der stillschweigenden Anerkennung des Inhaltes der veröffentlichten contestatio liegende Anerkennung der Besitztitel des Klägers ist im fränkischen Recht zur ausdrücklichen Anerkennung durch ein Urtheil fortgebildet.

Wie wir jenem römischen Verfahren ein anderes ordentliches entgegensetzten, so hat es wohl auch neben dem fränkischen Appennis nicht an der Möglichkeit gefehlt, den Inhalt einer verlorenen Urkunde wirklich durch Zeugniss gerichtlich festzustellen. Freilich ist mir nur ein spätes Beispiel dafür bekannt in den Urkunden von 922 bei Ménard I, Preuves 6, deren erste, schon öfter erwähnte, in merkwürdiger Weise eine alte römische Formel, so gut es gehen wollte, benutzte. Vom Kläger, dem Bischof von Nîmes mit seinem Mandatar, wird zunächst eine plancturia beim Gerichte, dessen Richter und Schöffen der alten Formel gemäss als Defensor und Curialen auftreten, eingebracht, worin derselbe erklärt, eine gewisse Urkunde einem Priester Lambert commendiert und von demselben, der inzwischen verstorben, nicht zurückerhalten zu haben. Er beruft sich darauf, dass diese Thatsache dem Gerichte bekannt sei, was auch zugestanden wird (nobis bene est cognitum in veritate, quod sic est veritas, quod nobis annunciatis de ipsa scriptura). Darauf erfolgt die Bitte des Klägers: ut istam plancturiam firmare faciatis und die Notiz: facta plancturia seu et appensa ista in mense Junio etc. Erweckt diese Verhandlung fast den Anschein, als finde hier noch das römische Verfahren nur wenig verändert statt, so zeigt uns die folgende Noticia, dass dem nicht so war. Das römische Gewand fällt hier ab; der Defensor Fredelo zeigt sich als missus Raimundi comitis, die Curialen als judices. Die Noticia ist aufgenommen über einen Beweis des Inhaltes jener verlorenen Urkunde durch eidliche Zeugenaussagen. Die Zeugen erklären, sie hätten dieselbe gesehen und widerholt vorlesen hören, geben den Inhalt in allen wesentlichen Punkten

an und bekräftigen diese Aussagen durch ihren Eid. Wenn nun bei dieser Gelegenheit die verlorene Urkunde als „scriptura, unde domnus Ugbertus episcopus et Ictor (der Mandatar) in vestram (der Richter) presenciam fecerunt plancturiam vel adpensam,“ bezeichnet wird, so könnte es scheinen, als ob dieses Zeugenverhör nach der scheinbar in der Curie erfolgten Verhandlung stattgefunden habe. Wir müssten dann annehmen, dass gleichzeitig mit der Ausfertigung der plancturia seu appensa ein Urtheil auf den nachfolgenden Zeugenbeweis ergieng. Wahrscheinlicher ist, dass jene Verhandlung, deren Wesen uns durch die Benutzung der römischen Formel verdunkelt wird, den Schluss bildete und also erst nach dem Zeugenverhör erfolgte; denn wie hätte sonst das Gericht erklären können, dass ihm die Wahrheit des vom Kläger behaupteten Thatbestandes wohl bekannt sei? Der Ausdruck plancturiam s. a. facere muss also wohl vom Aufsetzen und Einbringen der Klageschrift verstanden werden.

Dürfen wir nun auch voraussetzen, dass schon in früherer Zeit ein solches strengeres Beweisverfahren bei Urkundenverlust möglich, unter Umständen vielleicht allein anwendbar war, so ist es doch sicher, da die Formelsammlungen kein Beispiel dafür liefern, weit seltener als das summarische Appennisverfahren gewesen. Und an dieses letztere, nicht an das ordentliche Beweisverfahren, knüpft denn auch die Ertheilung der Königsurkunde, welche seit dem Ausgange der Merovingerzeit immer ausschliesslicher als Ersatz verlorener Urkunden begehrt wurde.

III.

Das „praeceptum regis de cartis perditis“ (Pancarta).

Wie hoch man auch immer die Sicherheit anschlagen mochte, welche die Urkunde über ein im Volksgerichte gefälltes Urtheil bot, so genügte sie doch nicht für alle Fälle. Für die lokal beschränkten Besitzungen der Privaten mochte ein Appennis der Gerichtsbehörde des heimatlichen Gaues in den meisten Fällen ausreichen; für den ausgedehnten, oft über viele Gaue zerstreuten Grundbesitz der Kirchen und anderen geistlichen Stiftungen musste sich bald das Bedürfniss eines Schutzmittels von höherer Autorität geltend machen.

Anfechtbar blieb ja auch die Gerichtsurkunde immer noch; unscheltbar allein war das testamentum regis, die Königsurkunde. Der Gedanke, statt einer gerichtlichen Besitzbestätigung aus Veranlassung des Urkundenverlustes eine königliche zu erlangen, lag nahe genug. Hatte man doch schon frühzeitig ohne jenen Anlass königliche Bestätigungen über den gesammten Besitzstand nachgesucht und erhalten, eine Art von Diplomen, für welche z. B. Marculf unter der Ueberschrift: Confirmatio de omni corpore facultatis (I, 31, 35) Muster bietet. Und so haben wir denn auch von Marculfs Zeiten an zahlreiche Beispiele in Formeln, Urkunden und anderen Quellen für königliche Besitzbestätigungen in Folge des Urkundenverlustes.

Bevor wir aber an die Betrachtung der Diplome selbst gehen, müssen wir ein Wort über die Art der Erlangung voraus senden. Der Appennisformel in der dem Beginn der Karolingerzeit angehörigen Sammlung von Sens fehlt der Hinweis auf die doppelte Ausfertigung und den öffentlichen Anschlag der Urkunde. Dies für eine zufällige Unterlassung zu halten, ist bedenklich, besonders da sich in derselben Sammlung eine andere Formel findet, welche diesen Mangel zu erklären scheint. Es ist ein „Indiculum" überschriebener Bericht von pagenses an den König[20]) über dieselbe Sache, in welcher das Grafengericht den Appennis ertheilte.

Fast mit denselben Worten wie in jener Formel (App. 46) wird des Urkundenverlustes und der Bezeugung desselben durch den iudex und die vicini pagenses gedacht. Die Schreiber fügen diesem Berichte zwar nur hinzu: nostrum est ad sugerendum, vestrum est ad ordinandum, que ipsa exinde agere debeat; doch wie in anderen ähnlichen Schreiben eine königliche Besitzbestätigung für den Beschädigten ausdrücklich erbeten wird, so ist natürlich auch hier die Erlangung einer solchen der Zweck des Schreibens. Die Unterzeichner desselben, die pagenses, sind jedenfalls Mitglieder des Grafengerichtes, in welchem die Klage des Urkundenverlustes erhoben und der

[20]) Roz. 409 (= Baluze 9, Lindenbrog 108) gehört nach der Handschrift unter die Cartae Senonicae, ist aber von Bignon nicht in den sog. Appendix Marculfi, welcher die Mehrzahl dieser Formeln enthält, aufgenommen.

Beweis erbracht wurde, wie aus der ausdrücklichen Bemerkung, dass vor ihnen das Zeugniss darüber erbracht sei, erhellt.[21])

Die Vermuthung, dass ein durch diese Eingabe bezwecktes königliches Diplom die fehlende Publikation des Appennis durch öffentlichen Anschlag ersetzen oder doch überflüssig machen sollte, ist wohl nicht zu gewagt.[22]) Jener Anschlag, welcher nach unserer Annahme den Zweck hatte, die Kraft des an sich nicht endgiltigen Appennisurtheiles zu verstärken, konnte in der That wegfallen, wenn ein volle Sicherheit verleihendes Diplom erwirkt wurde. Die relatio, que dicitur appennis, hatte in diesem Falle nur interimistische Bedeutung. Täuscht uns nicht alles, so sehen wir hier den Punkt, wo das praeceptum regis an das volksgerichtliche Verfahren anknüpfte, um es immer mehr zu verdrängen.

Schon Marculf giebt das Muster zu einem königlichen „praeceptum quorum ab hostibus vel alio modo fuerint instrumenta incensa" (I, 33.) und daneben auch in derselben Angelegenheit eine „relatio pagensium ad regem directa" (I, 34.), aus deren Texte jedoch hervorgeht, dass sie zugleich auch an den Majordomus gerichtet war. Es fehlt aber in seiner Sammlung nicht nur das Correlat eines Appennis, sondern es ist auch in der Eingabe der pagenses nichts, was man, wie in der Formel von Sens, nothwendig auf einen gerichtlichen Vorgang deuten müsste. Einige, vermuthlich vornehme Leute richten auf Bitten ihres Gaugenossen, der durch Kriegsereignisse seine Urkunden eingebüsst hat, das Gesuch an die Inhaber der höchsten Reichsgewalt: vestra pietas iubeat, quod usque modo in regno vestro quietus possedit circa eodem per vestro munere praeceptum, ut in antea valeat, dum sua perdedit instrumenta possedere quietus et securus. Sicher eine rein private Für-

---

[21]) quia et ille iudex et vicini paginsi taliter nobis dixerunt vel testimoniaverunt, quod ad huc videndum accesserant, et sic vero et actum aderat. Bal. 9.

[22]) Vgl. die Formel Roz. 410, welche „das innotescere auribus dominicis" dem „innotescere auribus publicis" gleichzusetzen scheint. Die sehr entstellte Formel enthält übrigens die schriftliche an den Bischof der Stadt mit seinen Aebten sowie an diejenigen, „qui de parte publica curam vel sollicitudinem habendi positi estis", gerichtete Bitte, bei dem Könige Fürsprache für einen, der seine Urkunden verloren hatte, einzulegen, vermuthlich zur Erlangung eines Praecepts.

sprache ist die relatio, welche der dux Sichelmus mit einigen Getreuen im Jahre 663 an drei genannte „maiores domus sacri palatii“ schickt mit der Bitte, dem Könige mitzutheilen, dass bei der Zerstörung und Plünderung des Klosters zu Bèze auch die Urkunden verloren giengen, und zu erwirken: ut per suam clementiam talem authoritatem ipsi loco conscribi jubeat, ut supradictas res, quas boni homines ibidem delegaverunt, nullus invadere aut violare vel inquietare praesumat, sed quae in praesenti habere vel possidere videntur ipsi monachi vestris et futuris temporibus sine inquietudine per vestrum praeceptum habere et tenere possint.[23])

Das Resultat dieses Schreibens liegt vor in einem Praecept Chlotars III., welches nicht an den Abt von Bèze, sondern an den Haupturheber der relatio, den dux Sichelmus, gerichtet ist. Dasselbe erwähnt, dass der Abt Waldalenus jene Schrift vor den König gebracht habe, und bestätigt alle einzeln aufgenannten Besitzungen, womit das Kloster von seinen Gründern ausgestattet war. Die Stifter aber waren dux Amalgarius und dessen Gattin, die Eltern des Waldalenus und vielleicht auch des Sichelm. Daraus, dass es sich hier um eine Familienstiftung handelte, würde sich erklären, dass die Bestätigung auffallender Weise nicht an den Abt sondern an den Herzog, wohl das Haupt der Familie, gerichtet war. (Mon. Germ. Diplom. M. 42 p. 39 f.) Merovingische Königsurkunden dieser Art sind nicht weiter erhalten, wohl aber Formeln zu solchen: Marc. I, 33 und Sirm. 27.[24])

Die Marculf'sche Formel hat die Arenga: A regale necesse est releventur clementia qui damnietate ab hostibus vel passi sunt violentia. Daran knüpft mit „Igitur“ die Narratio. Der Getreue N. (fidelis noster ille) berichtet dem Könige, dass ein

[23]) Pardessus, Diplom. II, No. 348 p. 131: vestrum preceptum sowie im folgenden celsitudinis vestrae et regni vestri auf den König. Diese Partie ist von den Majordomen dem Könige gegenüber gesprochen zu denken.

[24]) Sickel meint, Urkundenlehre § 43 Note 1 p. 113, die letztere gehöre entschieden der karolingischen Zeit an. Soviel ich sehe, kann man mit Bestimmtheit nur sagen, dass sie jünger ist als Marc. I, 33, weil sie aus dieser grösstentheils wörtlich entlehnt ist. Die Corroboratio ist dieselbe wie dort. Uebrigens gehört sie mit der ganzen Sammlung von Tours wohl der Zeit der letzten Hausmeier an.

Heer ihm sein Haus in Brand gesteckt habe, wobei u. A. auch seine Urkunden über alles, was er regio munere, sowie durch Kauf, Tausch u. s. w. erworben oder de alode parentum besessen habe, verbrannt seien. Er legt zur Beglaubigung seiner Aussage die relatio bonorum hominum vor, aus welcher der König zugleich die Ueberzeugung von der bisher unbestrittenen Rechtmässigkeit des Besitzes schöpft (et omnes res suas unde ipsa instrumenta perierunt absqe ullius inquietudine, sicut et antea fecit, quietus possidere videatur.[25]) Doch bittet der Beschädigte der Sicherheit wegen (sed pro firmitatis studio etc.) um Bestätigung seines Besitzes, welche zugesagt wird (Cuius petitione — cognoscite) und mit der üblichen Formel: Praecipientes ergo iobemus etc. erfolgt. Hierbei wird ausdrücklich betont, dass dem Bittsteller bestätigt werde, quicquid — — iuste et rationabiliter usque nunc possidere videtur.[26]) Sirm. 27 stimmt bis auf die Arenga, welche abweichend formuliert ist (Merito largitatem regis munere sublevantur, qui ab hostibus vel incendio passi sunt damna vel violentia), verschiedene Kürzungen und einige unbedeutende Zusätze mit der Marculf'schen Formel überein.

Nur durch die Gleichheit der äusseren Veranlassung gehört hierher das ganz nach dem Muster einer Königsurkunde ausgestellte Praecept des Majordomus Pippin vom Jahre 743, worin eine verbrannte Immunitätsurkunde erneuert wird (Dipl. A. 17, p. 103 f.). Die Urkunde schliesst sich in Form und Inhalt völlig den Immunitätsurkunden an. So findet sich darin auch die Arenga: Maximum regni nostri augere credimus munimentum etc., welche bis auf Karl den Grossen gewöhnlich für Immunitätsurkunden und nur für solche gebraucht wurde (vergl. Sickel, Urkundenlehre p. 168).

Von den Diplomen Karls des Grossen, soweit sie hier in Betracht kommen, entspricht das für den Abt Beatus von

---

[25]) In der von Marculf (I, 34) gegebenen relatio wird dies nicht hervorgehoben. Sie entspricht überhaupt nicht völlig genau der correspondirenden Diplomenformel.

[26]) Ein Ueberarbeiter der karolingischen Zeit hat diese Formel missverstanden und so verändert, dass nach seiner Redaktion die königliche Bestätigung zweimal erfolgt (Ergo *per* hoc perceptum etc. — Praecipientes ergo iubemus etc.) Roz. 413 bis.

Honau (K. 44)[27]) den merovingischen Formeln am meisten. Es fügt an die Marculf'sche Arenga: A regale necesse est etc. ebenso, wie dort geschah, die Narratio mit „Igitur" an. Doch fehlt hier schon die Erwähnung einer relatio; vielmehr schliesst an die von dem Beschädigten gegebene Darstellung des Verlustes unmittelbar: et asserit se ipse abbas ipsas res ad partem iamdicti monasterii quieto ordine, sicut et antea fecit, moderno tempore possidere, so dass der König allein auf dessen eigene Aussage angewiesen war. Es folgt wie dort die Erklärung des königlichen Willens (Cuius petitionem — cognoscite) und dann die Bestätigung (Praecipientes ergo iubemus). Dass hier, indem die Rechtsmässigkeit des bisherigen Besitzes der bestätigten Güter hervorgehoben wird, der Gewere Erwähnung geschieht, sei beiläufig bemerkt, da es sich in späteren Diplomen wiederholt (quicquid — monasterium nunc temporis iuste possidet, unde ipsa Dei casa vestita est). Weit einfacher ist K. 101. Eine Arenga fehlt. Mit „Notum sit etc." beginnt gleich die Narratio: Der Abt Helmerich von Lorsch sei vor den König gekommen und habe ihm seinen Urkundenverlust geklagt. Daran schliesst sich ohne weiteres die Güterbestätigung.

Andere in Folge solches Verlustes von Karl d. Gr. ertheilte Diplome sind uns nur aus den Bestätigungen seines Nachfolgers oder aus Nachrichten der Schriftsteller bekannt. Können wir auch aus solchen Erwähnungen die Form der Diplome nicht genauer erkennen, so lassen sie doch vermuthen, dass dieselbe von der bekannten nicht wesentlich abwich.

Neuverleihungen wegen Urkundenverlustes haben wir von seinem Nachfolger Ludwig d. Fr. nicht, sondern nur Bestätigungen älterer Praecepte. (L. 13, 19, 82, 163, 213.) Auch die aus seiner Kanzlei stammende Formelsammlung enthält nur zwei Muster für Bestätigungen solcher Urkunden seiner Vorgänger, Roz. 415, 416. Die Erneuerung eines verlorenen Judenschutzbriefes (L. 367) gehört als renovatio im engeren Sinne nicht hierher.

Eigens auf den Urkundenverlust bezugnehmende Arengen haben diese Diplome unter Ludwig nicht; es werden vielmehr

---

[27]) Die Urkunden Karls d. Gr. und Ludwigs d. Fr. sind nach Sickels Regesten citiert.

solche allgemeineren Inhalts verwendet. So hat L. 82 die für die verschiedensten Verleihungen an Geistliche, öfter auch für Bestätigungen älterer Urkunden gebrauchte: Cum petitionibus servorum Dei iustis etc. Die von Roz. 416: Constat nos divina etc. findet sich wieder in L. 132.[28]) Dagegen hat die Bestätigung Lothars für Como von 824 einen Prolog, welcher unmittelbar auf den die Urkunden vernichtenden Unfall hinweist und in einigen Wendungen an die Marculf'sche Arenga erinnert.[29])

Einen bemerkenswerthen Satz haben bis auf L. 19 alle jene Diplome Ludwigs mit Roz. 416 und der ebengenannten Urkunde Lothars fast wörtlich überein. Derselbe lautet: „Quod (oder ut) si forte super eisdem rebus ante praefatam exustionem a N. iure possessis quaestio orta fuerit, ut pro eis in foro disceptari necesse sit, ita per hanc nostram auctoritatem easdem res et mancipia ipsius ecclesiae (legaliter) defendantur sicuti per eadem strumenta si igni absorta (oder perdita) nequaquam (oder non) fuissent, legibus defendi potuerant."

In Roz. 415 findet sich nur der das Wesentlichste enthaltende Schluss des Satzes. Von anderer, kürzerer Fassung, aber wohl ähnlicher Bedeutung ist bereits in K. 101 ein nicht ganz verständlicher Passus, während aus früherer Zeit kein Beispiel bekannt ist, wo in ähnlicher Weise das neue Diplom geradezu als vollständiger Ersatz der verlorenen Urkunden ausdrücklich bezeichnet würde.

Es würde zu weit führen, auch auf die einschlägigen Diplome der Nachfolger Ludwigs noch genauer einzugehen. Wir begnügen uns damit, einzelne derselben erforderlichen Falls zur Erklärung heranzuziehen.

---

[28]) Ueber die Arengen in Ludwigs Diplomen im Allgemeinen vergl. Sickel, Urkundenlehre, p. 168. Es beruht jedoch auf einem Irrthum, wenn es daselbst von dem Prolog: Constat nos divina etc. heisst: „welcher ursprünglich für die Apennisformel Rozière no. 416 bestimmt war und die apennes L. 13, 19, 163 u. a. einleitet". L. 13 hat gar keine, 19, 163 sowie 213 haben ganz andere Arengen.

[29]) Ughelli V, p. 266 (Migne 104 no. 118): Dignum est, ut quicunque ab igne seu a quolibet accidente casu damnum perpessus fuerit et imperiali ope se muniri quaesierit, ut ab eius clementia relevatur, a quo se credit imploratum auxilium posse adipisci.

Man hat die Ausstellung dieser Praecepte als Ausfluss der königlichen Gerichtsbarkeit bezeichnet, sie als Urtheile des Königsgerichtes neben die Appennes des Volksgerichtes gestellt. Roth (Beneficialwesen p. 218) führt aus, dass man sich wegen verschiedener Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowohl an das königliche wie an das Volksgericht hätte wenden können, und fährt dann fort: „Ein Ausfluss dieser Gerichtsbarkeit war es, dass wenn jemand durch ein zufälliges Ereigniss seine Urkunden eingebüsst hatte, der König den sogenannten Apennis ausstellte, d. h. den gesammten Besitzstand bestätigte, wodurch keineswegs ein neuer Titel geschaffen, sondern nur der schwierige, wo nicht unmögliche, Nachweis der Titel erleichtert werden sollte." Noch entschiedener stellt Sohm die königliche Bestätigung mit dem Appennis in Parallele: „Ausser im Volksgericht kann der Appennis auch im Königsgericht ertheilt werden." (Reichs- u. Ger.-Verf. I. p. 429 Anm. 118.)

Dem gegenüber müssen wir zunächst constatieren, dass weder für karolingische noch für merovingische Königsurkunden der Name Appennis gebraucht wurde. Es giebt überhaupt für die betreffenden Diplome keine besondere, technische Bezeichnung. Wäre eine solche vorhanden, der Name Appennis irgend zulässig gewesen, so würden die Formelsammler in den Ueberschriften ihrer Muster sicher davon Gebrauch gemacht haben statt der höchst weitläufigen Umschreibungen, zu denen sie sich genöthigt sahen. Marculf nennt seine Formel: Praeceptum quorum ab hostibus vel alio modo fuerint instrumenta incensa, und die Ueberschrift in der Sammlung von Tours lautet: Confirmatio regis vel inspecta ista cuiuscumque principis in eo qui ab hostibus est depraedatus vel ab igne concrematus. Dass die folgende wirkliche Appennisformel mit „Item appennem" angefügt wird, soll nicht bedeuten, dass auch der vorhergehenden dieser Name zukomme.

Wie von andern Diplomen werden die Bezeichnungen praeceptum und auctoritas gebraucht; so in den Formeln beide neben einander. Chlotar III. nennt seine Urkunde (Dipl. M. 42 p. 40.) praeceptum auctoritatis nostri und derselben Ausdrücke bedienten sich Karl d. Gr. und Ludwig d. Fr. (vergl. die oben angeführten Urkunden).

Flodoard nennt unter den von ihm als praeceptiones oder praecepta bezeichneten Verleihungen, welche die Rheimser Kirche von Karlmann, Karl d. Gr. und Ludwig erhielt, auch einige über verlorene Urkunden, doch kennt auch er keinen technischen Namen dafür, sondern fügt sie einfach den vorhergehenden Stücken an mit „Item de cartis concrematis“ (Hist. Eccl. Rem. II, 17 ff.)

Für einige Verleihungen in Folge eines Urkundenverlustes werden die Ausdrücke renovatio, restauratio und restitutio oder die entsprechenden Verba gebraucht.

In der Urkunde Pippins (Dipl. A. 17) heisst es: ut inmunitatem (anno priore igne concrematam) renovare vel adfirmare deberemus. Ludwig das Kind sagt in einer Urkunde von 906 (Mon. Boica 28, 139 f.): priora praecepta (die verlorenen) per nostri praecepti renovationem roboraremus. Ein Diplom Karls III. für Reggio von 882 (Ughelli II², 251) erwähnt von Karl d. Gr., Ludwig d., Fr., Lothar und Kaiser Ludwig II. über verlorene Urkunden ausgestellte Praecepte, indem darin gesagt wird, die Bischöfe hätten für monumenta chartarum exusta von den Herrschern per renovationis seriem defensiones und für das ganze Gebiet der Kirche Immunität und das Inquisitionsrecht erhalten. Endlich erwähnen die Gesta episcoporum Tullensium (M. G. SS. VIII, p. 637) einer restauratio cartarum igne crematarum, welche Bischof Borno von Karl d. Gr., und einer restitutio, welche Bischof Frotar von den Kaisern Ludwig und Lothar erlangt habe. Mit Ausnahme der beiden letzten Fälle, wo wir nicht wissen, welcher Art die verbrannten Dokumente gewesen sind, handelte es sich hier um Wiederholungen königlicher Praecepte. Wenn der Majordomus Pippin eine verloren gegangene Immunität, Ludwig d. Kind verlorene Urkunden seiner Vorfahren und die verschiedenen Kaiser an Stelle der abhanden gekommenen neue Immunitäten, Defensions- und Inquisitionsprivilegien ertheilen, so ist das ganz etwas anderes, als wenn der Herrscher zum Ersatz für den Verlust von solchen Urkunden, zu deren Ausstellung oder Wiederholung er an sich nicht befugt sein konnte, von Privaturkunden aller Art über Kauf, Schenkung, Tausch und dergleichen eine allgemeine Besitzbestätigung erliess. Der Unterschied ist derselbe wie zwischen der Erneuerung einer

verloren gegangenen Privaturkunde durch den Aussteller derselben oder dessen Rechtsnachfolger einer- und der Appennisertheilung im Volksgerichte andererseits. Deshalb dürfen wir die Bezeichnungen renovatio und restauratio nicht ohne weiteres auf unsere königlichen Besitzbestätigungen aus Anlass des Urkundenverlustes übertragen.

Dennoch können wir beide Arten von Königsurkunden nicht ganz von einander scheiden, da nicht immer festzustellen ist, ob es sich nur um den Ersatz verlorener königlicher Diplome oder von Privaturkunden oder, was meist der Fall sein mochte, von Dokumenten beiderlei Art handelte. Auf jeden Fall würde die Bezeichnung Flodoards: praeceptum de cartis concrematis (oder perditis) passen, doch empfiehlt sie sich ihrer Länge wegen nicht als technische Benennung. Ein wirklich technischer Name für solche Diplome, welcher jedoch erst nach Ludwigs d. Fr. Zeit auftaucht, ist pancarta oder pantocarta. Die Acta episcoporum Cenom. versehen L. 13 mit der Ueberschrift: Exemplar praecepti, quod praedictus domnus Franco firmitatis studio a domno Hludovico piissimo imperatore percipere studuit, quod pantocarta vocatur. Dem Texte dieser Urkunde selbst sowie aller übrigen Ludwigs d. Fr. ist der Ausdruck noch fremd, dagegen findet er sich bei Karl d. Kahlen. In der zum Ersatz für die von den Mönchen von S. Maur des Fossés auf der Flucht vor den Normannen verlorenen Urkundenschätze ertheilten Güterbestätigung sagt derselbe: „testamentum hoc altitudinis nostrae fieri iussimus, quod alio nomine pancarta appellatur.“[30])

Da es nun wünschenswerth ist, für die bisher unrichtig Appennis genannten Königsurkunden eine kurze technische Benennung zu haben, so möchte ich „Pancarta“ als die geeignetste vorschlagen. Dass der Name erst in späterer Zeit vorkommt, hat er mit der auch schon für die merovingische Zeit völlig eingebürgerten Bezeichnung Placitum für die Urkunde des Königsgerichtes gemeinsam. Besonders empfiehlt er sich dadurch, dass er sich für die eigentlichen Renovationen wie auch für die allgemeinen Bestätigungen aus Anlass des

---

[30]) Tardif, Monuments historiques, no. 193 p. 126 f. Andere Stellen siehe bei Ducange s. h. v.

Urkundenverlustes in gleicher Weise eignet. Nur wo es sich um den Ersatz oder die Erneuerung einer einzelnen verlorenen Urkunde handelt, passt er seinem Wortsinne nach nicht gut; doch ist der Fall in damaligen Königsurkunden so selten, dass wir die kleine Incongruenz nicht zu fürchten brauchen.

Gegen die Uebertragung des Namens „appennis“ müssen wir aber noch ganz besonders deshalb Verwahrung einlegen, weil derselbe sich zu speziell an das gerichtliche Verfahren knüpft; ein solches aber und am wenigsten eins, welches den Namen rechtfertigen könnte, fand bei der Ertheilung der Pancarta keineswegs statt.

Zunächst trägt keine dieser Urkunden die Form der königlichen Gerichtsurkunden, der Placita. Alle, auch schon die der merovingischen Zeit weisen die vollständig ausgeprägte Gestalt der eigentlichen Diplome auf. Konnte nun freilich auch sonst wohl statt eines Placitum gleich ein Diplom ausgestellt werden auf Grund eines Urtheils im Königsgerichte, so müsste doch, falls ein gleiches auch hier geschehen, sich wenigstens in einer oder der anderen der zahlreichen Formeln und Urkunden eine Erwähnung der Verhandlung oder des Urtheils finden, was nicht der Fall ist. Höchstens könnte man aus dem von Sickel bemerkten Umstande, dass zwei spätere Pancartae, die eine von 864 (die oben citierte Urkunde Karls d. K.) vom Pfalzgrafen selbst, eine andere aus dem vorhergehenden Jahre von einem pfalzgräflichen Notare unterzeichnet sind (Sickel, Urkl. p. 359 Note 10), auf das von uns bestrittene Verfahren schliessen wollen. Dem steht jedoch gegenüber, dass die Pancartae Karls d. Gr. und seines Sohnes durchweg von den regelmässigen Kanzleipersonen unterfertigt sind. Hatte aber später unter Karl d. K. der Pfalzgraf einen Antheil an der Ertheilung solcher Diplome, so braucht man daraus noch nicht auf einen Zusammenhang mit der Hofgerichtsbarkeit zu schliessen. Diese bildete wohl die vorzüglichste aber keineswegs die einzige Obliegenheit des Pfalzgrafenamtes, wie Hinkmar, obwohl er nur von dieser handelt, ausdrücklich hervorhebt.

Ein gewisses Verfahren, aber nicht im Hofgerichte, gieng freilich der Ertheilung vorauf. In den Formeln von Sens

fanden wir, dass der Urkundenverlust im Volksgerichte constatiert und eine hierüber aufgenommene relatio an den König geschickt wurde, um als Grundlage für das gewünschte Diplom zu dienen. In anderen Fällen wurde ohne gerichtlichen Akt von angesehenen Leuten ein Bericht an den König über den Urkundenverlust zugleich mit einer Fürbitte um die Pancartaertheilung erstattet.[31]) Doch scheint bereits seit Karl d. Gr. die Erlangung weit formloser nachgesucht zu sein. Einer schriftlichen relatio wird in seinen Diplomen nicht mehr gedacht.[32]) Einfach die Bitte des Geschädigten, seine Erzählung des Urkundenverlustes sowie die eigene Versicherung des rechtmässigen, unangefochtenen Besitzes scheinen in den meisten Fällen genügt zu haben, die gewünschte Bestätigung zu erlangen.

Die Pancarta war im Grunde eine Besitzbestätigung wie alle übrigen, nur durch die eigenartige Veranlassung und ihren beim gänzlichen Mangel anderer Nachweise besonders hohen Werth ausgezeichnet. Man sah sie auch als nichts anderes an, was sich schon darin abspiegelt, dass Marculf sein Muster dafür mitten unter Formeln für Güterbestätigungen und mit solchen verbundene Diplome stellt. Im Index führt er sogar unmittelbar hinter der Pancarta mit zugehöriger relatio pagensium auf: Item alia confirmatio de omni corpore facultatis. Gradezu als confirmatio wird Sirm. 27 bezeichnet. Will man mit Roth alle die Besitzbestätigungen, welche der König nicht als Eigenthümer des Fiscus, also über vom Könige verliehenen Besitz, erliess prinzipiell auf seine oberstrichterliche Gewalt zurückführen, so mag man auch die Ertheilung der Pancarta in diesem Sinne, aber nur in diesem, als einen Ausfluss der königlichen Gerichtsbarkeit bezeichnen. Das Gericht des Königs, das Hofgericht, hat nichts damit zu schaffen. Es konnte nicht ein Appennis wie im Volksgericht so auch im Königsgericht ertheilt werden, sondern neben einem

---

[31]) Ein gewisses Vorverfahren, Erhebungen über den Thatbestand und dergl. mehr, fand auch vor der Ertheilung anderer Diplome statt. Vergl. Sickel, Urkl. p. 64 f.

[32]) Die Formel in der karolingischen Sammlung von Sens (Roz. 411) kann auf älterer Vorlage beruhen.

oder anstatt eines volksgerichtlichen Appennis konnte ein königliches Diplom verliehen werden.[33])

Indem diese Pancarta nur eine Bestätigung des gegenwärtig unangefochtenen Besitzes enthielt, lag es nahe, dieselbe in Verbindung zu setzen mit der Verleihung des Inquisitionsrechtes, welches doch besonders dazu diente, Güter und Rechte, welche in unrechtmässiger Weise entzogen waren, zurückzuerlangen, über streitigen Besitz zu entscheiden. Das Inquisitionsprivileg bildete so eine erwünschte Ergänzung der Pancarta, doch ist die gleichzeitige Verleihung beider erst seit den letzten Jahrzehnten des 9. Jahrhunderts nachzuweisen. (Siehe Brunner Zeug.- und Inquis.-Beweis, p. 440, vergl. p. 438.)

Die drei verschiedenen Arten des Ersatzes verlorener Urkunden, welche wir im Vorstehenden kennen gelernt haben, sind zeitlich schwer zu begrenzen. Von der ersten, dem römischen Verfahren vor der Curie, dürfen wir wohl aus allgemeinen Gründen annehmen, dass es nicht allzulange über die fränkische Eroberung hinaus Bestand hatte. Das Beispiel aus der Auvergne wenigstens, welches allein einigen Anhalt für eine Zeitbestimmung bietet, gehört entweder der letzten Zeit vor, oder, was wahrscheinlicher ist, der ersten Zeit nach der Einverleibung dieses Gebietes in das Frankenreich an.

[33]) Die renovatio cartae durch königliches Diplom kommt, worauf Herr Prof. Brunner mich aufmerksam zu machen die Güte hatte, auch bei den Angelsachsen vor. In einer Urkunde wird dem Herzog Aethelfrid vom Könige die Erlaubniss gegeben, durch eine Feuersbrunst zerstörte Landbücher zu erneuern (licentia alios libros rescribendi). Dieses rescribere soll erfolgen, soweit der Inhalt der verbrannten Dokumente durch Zeugniss festgestellt werden kann. Soweit dies nicht mehr möglich, „tunc ei ista cartula in auxilio et affirmatione fieret, ut nullus eum contentiose cum aliis libris affigere valuisset, nec propinquus nec alienus quamvis aliquis homo aliquem de vetustis libris protulerit, quem prius fraudulenter vel hora ipsius incendii vel alio quolibet tempore per furtum abstraxisset.“ Kemble, Cod. diplom. no 334 a. 904. Das königliche Diplom tritt also ergänzend ein, wo die Feststellung des Inhalts durch Zeugen nicht mehr möglich ist. Eine ausdrückliche Amortisierung der verlorenen Urkunden wie hier (vergl. auch Cod. 597), findet sich in den fränkischen Quellen nicht.

Für das fränkische Appennisverfahren haben wir in den Formeln von Angers ein Beispiel, welches wahrscheinlich noch dem Anfange des 6. Jahrhunderts angehört, während die Formeln von Tours, welche ein anderes enthalten, dem Ende der Merovingerzeit angehören. Endlich hatten wir noch ein Beispiel für dasselbe, jedoch unserer Annahme nach bereits zu Gunsten der dritten Ersatzart, der königlichen Pancarta, modifizierte Verfahren in den Formeln von Sens, welche erst in der ersten Zeit des karolingischen Königthums zusammengestellt sind, zum Theil aber auf älteren Vorlagen beruhen. Obwohl wir nun glauben, hier den Punkt, wo die Pancarta an die Appennisertheilung anknüpfte, zu erkennen, so ist jene doch schon geraume Zeit zuvor, wie Marculf zeigt, ebenfalls üblich gewesen. Ja, Marculf scheint sogar das Appennisverfahren nicht einmal zu kennen. Einzelne Gegenden mögen in der Entwickelung voraufgeeilt, andere zurückgeblieben sein. Stellenweise mag auch, besonders in Gebieten, wo die Franken eine weniger intensive römische Cultur vorfanden, weder das römische, noch das direkt aus diesem entwickelte fränkishe Appennisverfahren jemals üblich gewesen sein, so dass hier die Pancarta das einzig bekannte Heilmittel des Urkundenverlustes war. Trotzdem werden wir im Allgemeinen an der gegebenen Reihenfolge und dem dargestellten inneren Zusammenhange der drei verschiedenen Formen festhalten dürfen.

Berlin, den 30. März 1880.

Dr. Karl Zeumer.

Zur

„Constitutio de jure protimiseos anni incerti"

Mon. Germ. Leg. II, 331 seqq.

von

Herrn Dr. jur. **v. Brünneck**

zu Halle a. Saale.

Wenn Pertz in der Einleitung zu der von ihm nach einer Handschrift des Museo Borbonico (jetzigen Museo Reale) zu Neapel[1]) in: Monument. Germ. histor. Leg. II, p. 332—333. herausgegebenen constitutio de jure protimiseos, welche bekanntlich — ob mit Recht oder Unrecht, bleibe hier dahingestellt — Kaiser Friedrich II, dem Hohenstaufen, zugeschrieben wird, behauptet, man habe von derselben früher nur Fragmente gekannt, bis Cujacius libr. Feudor. V. tit. 13 den ersten Theil davon veröffentlicht habe, vollständig aber erscheine sie hier in den Monumenten zum ersten Male,[2]) so erweist sich diese Annahme als eine irrthümliche.

Jene Constitution ist bereits von dem Neapolitanischen Rechtslehrer und quinque regum consiliarius Matthäus de Afflictis (geb. 1448, † 1528) in seinem Tractatus de jure Prothomiseos ihrem ganzen, von dem vulgären Feudaltexte mehr oder weniger abweichenden Inhalte nach veröffentlicht worden.

Die hier folgende Gegenüberstellung des Textes bei Matth. de Afflictis nach der Spirae Nemetum 1622 in 8° erschienenen Ausgabe seines gedachten Tractates mit dem Pertz'schen Texte dürfte die doppelte Thatsache erweisen: einmal, dass beiden Texten Handschriften zu Grunde liegen, die unter einander sehr nahe verwandt sind, während sie beide von dem Cujacischen sg. Feudaltexte abweichen, ferner aber, dass Matthäus de Afflictis seinerseits eine nicht nur vollständigere,[3]) sondern — von Nebendingen abgesehen —

---

[1]) VIII. E. 24 chart, 4° (Anf. XV. Jahrh.)

[2]) Prior ejus pars a Cujacio in libris Feudor. V. tit. 13 edita est, quum antea nonnisi fragmenta ejus quaedam apud Afflictum, Baldum et Oldendorpium extassent, integram anno 1822 Neapoli constitutus ct. inveni exscripsique ct. Pertz a. a. o. p. 331.

[3]) cf. die mit gesperrten Lettern gedruckte Stelle des Textes bei Matth. de Afflictis, welche in den Monumenten gänzlich fehlt.

im wesentlichen auch correctere Handschrift benutzt hat, als die von Pertz seiner Ausgabe der Constitution in den Monumenten zu Grunde gelegte.[4])

Monument. leg II p. 332—333.

Const. Friderici II de jure prothomiseos anni incerti.

Sancimus amodo in omni provincia et in omni civitate, ut si quis forte habeat communem fundum vel agrum vel vineam vel rem immobilem, divisam vel indivisam ex communi emcione vel ex aliquo hujusmodi titulo vel aliquo modo conjunctam, et voluerit alienare praedictas res per vendicionem, emphiteosim vel locacionem, non ante concedimus alienare, nisi prius denuncietur illis quos vocamus per ordinem juris prothomiseos. Imprimis vocentur parentes qui sunt conjuncti, postea socii qui similiter sunt conjuncti, post hos vocentur illi qui sunt sub uno servicio et sunt conjuncti ex aliqua parte; post omnes istos illi qui sunt conjuncti tantum etiam si sunt extranei. Si autem plures sint qui habent jus prothomiseos, omnibus denuntietur, ut intra 30 dies solvendo justum precium, quantum verus emptor sine

Matthaei de Afflictis tract. de jure prothomiseos p. 3—6.

Constitutio ultima Domini Friderici Imper. Semper Augusti super jure Prothomiseos.

Textus constitutionis.

Sancimus. Amodo in omni provincia et in omni ciuitate. Vt si quis forte ex parentela habeat communem domum, agrum vel vineam, vel rem immobilem diuisam, vel indiuisam. aut ex communi aemptione. vel ex aliquod [5]) alio hujusmodi titulo, vel aliquod alio modo conjunctam: et voluerit alienare praedictas res per venditionem, vel per amphyteusim, vel lacationem non aliter ei concedimus alienare, nisi prius denuncietur illis, quos vocamus per ordinem in jure Prothomiseos. In primis vocentur parentes qui sunt conjuncti, postea socii qui similiter sunt conjuncti, post hos vocentur illi qui sunt sub uno seruitio, et sunt conjuncti ex aliqua parte. Post omnes istos illi qui sunt conjuncti tantum etiam si sint extranei. Si autem sunt qui habeant jus Prothomiseos omnibus denuncietur. Vt infra triginta dies soluendo justum

[4]) Auch Huillard-Bréholles: Hist. dipl. Friderici II. (IV, p. 229) ist das Vorhandensein eines vollständigen Textes der Constitution bei Matth. de Affl. entgangen. Er nimmt ebenfalls irrthümlich an, derselbe gebe nur Bruchstücke. Die von ihm veranstaltete Ausgabe der Constitution (a. a. O. p. 229—233) beruht nicht auf Mss. Bei ihrer Herstellung ist ausser dem Abdruck von Pertz die Ausgabe Sareyna's in dessen Const. regn. Sic. (Lugd. 1568 fol.) benutzt, und sind daneben die Lesarten des Cujacischen Textes und des Abdruckes in Beck's Ausgabe des corp. jur. civ. II. p. 604. zur Vergleichung und Ergänzung herangezogen worden.

[5]) sic.

fraude dederit, unusquisque secundum suam porcionem accipiat. Verum si infra statutum terminum precium justum non solvitur, pro cetero non habebit jus prothomiseos, nisi quisquam fuerit in captivitate, vel fuerit deportatus, in exilium missus, vel si fuerit absens causa rei publice vel ex propria causa sua, sine dolo et fraude, aut si fuerit minor 25 annis; et licet fuerint isti absentes ex causa justa, tamen tutores vel procuratores eorum vel curatores vel defensores infra quatuor menses debent venire et solvere justum precium cum usuris legitimis et necessariis expensis, et recipere jus prothomiseos, et extraneos emptores omnino expellere; et si neglexerint hoc facere, resarcient de propriis suis quicquid incommodi illi haberent.

Licet enim supra dixerimus, quod omnes vocentur ad jus prothomiseos, tamen si probati fuerint, quod atroces injurias vel manus impias ex proposito venditori vel ejus familie intulerint, vel ipsius substantie gravem jacturam moliti sunt, vel contra ejus vitam nisi sunt, vel eciam peculiare dampnum, omnes isti nullo modo sine venditoris voluntate ad jus prothomiseos veniant. Causa vero dotis, vel donacionis propter nupcias, vel sinplicis donacionis, causa mortis, aut ex testamento, vel per mutacionem, vel ex transactione, parentes, extranei omnes possunt alienare; nisi si quis vendendo vel locando, et qui non habent jus prothomiseos, simulate donaverit vel in emphiteosim dederit etc. Ideoque illi qui habent jus prothomiseos, possunt exigere

pretium, quod sine mora,[6]) verus emptor, et sine fraude dederit, vnusquisque secundum suam portionem accipiat. Verum si infra statutum terminum precium justum non soluerit, de coetero non habet jus Prothomiseos. Nisi forte quisquam eorum fuerit in captivitate, vel fuerit deportatus, vel in exilium missus, vel fuerit absens causa reipub. vel si propria causa sua sine dolo et fraude, aut si fuerit minor viginti quinque ann.

Et licet fuerint isti absentes ex justa causa, tamen tutores et curatores eorum, vel procuratores vel defensores infra quatuor menses debent venire, et soluere justum precium cum legitimis vsuris et necessariis expensis, et accipere jus Prothomiseos, et extraneos emptores omnino repellere, et si neglexerint hoc facere, resarciant de propriis suis quicquid incommodi illi haberent.

Licet enim supra dixerimus quod omnes illi qui vocentur ad jus Prothomiseos, tamen si probatum fuerit quod atroces injurias, vel manus impias ex proposito venditori, vel ejus familiae intulerint, vel ipsius substantiae grauem jacturam moliti sint, vel contra eos, vitam eripere nixi sint, vel etiam pecuniale damnum intulerint, omnes isti nullo modo sine venditoris voluntate ad jus Prothomiseos veniant. Causa vero dotis, vel donationis propter nuptias, vel simplicis donationis, vel donationis causa mortis, vel ex testamento, vel ex permutatione, vel ex transactione, et parentes et extranei omnes possunt alienare.

Nisi forte quis vendendo, vel locando, vel in amphiteusin dando illis qui non habent, jus Protho-

[6]) sic, statt: sine mora, quod et.

juramentum venditionis et emptionis. Si autem post juramentum probatum fuerit, contra costitucionem nostram simulate hoc egisse, venditor et emptor penam perjurii substinere, et insuper rem amittere et emptor precium, et fisco applicabitur. Fiscus autem vendat rem illam illi qui habet jus prothomiseos.

miseos simulate donauerit, aut per legatum dederit etc. Ideoque illi qui habent jus Prothomiseos possunt exigere juramentum ab emptore et venditore. Si autem post juramentum probatum fuerit contra constitionem nostram simulate hoc egisse, venditor et emptor debent poenam perjurii sustinere, et insuper venditor rem amittere debet, et emptor precium, et fisco applicabitur. Fiscus autem vendat rem illis qui habent jus Prothomiseos.

Si autem ante juramentum probatum fuerit hoc fecisse, vendicio erit irrita, et cogetur venditor vendere illis invitis aliis convicinis qui habent jus prothomiseos.

Si ante juramentum probatum fuerit hoc fecisse, venditio fiet irrita, et cogetur inuitus venditor vendere illis qui habent jus Prothomiseos.

Prohibemus igitur potentes personas accipere a minoribus sub pretextu empcionis, seu donacionis simplicis, aut causa mortis, ex testamento, aut sub pretextu defensionis, nisi fuerit parentis. Potentes autem dicimus, non tam illos qui per se sunt potentes, set eciam per propinquiores, per quos possunt inferre timorem alienatoribus aut per promissionem beneficii. Si quis autem potencior qui fecerit, sit alienus ab illa re, et extimacionem prestet fisco.

Prohibemus insuper potentes personas accipere a tenuioribus sub praetextu emptionis, seu donationis simplicis, aut causa mortis, et ex testamento, vel ex vsu tantum, aut sub praetextu defensionis, nisi fuerint parentes. Potentes autem dicimus non tantum illos, qui per se sunt potentes, sed etiam per propinquiores illis, per quos possunt inferre timorem alienatoribus, aut per promissionem beneficii. Si quidem quis ex potentioribus praesumpserit facere, sit alienus ab illa re, et aestimationem illius rei praestet fiso. Transcurso vero decennio si non denunciavit, nulla de coetero moveatur controversia illis qui possident ex aliquo contractu, vel ex donatione, vel ex testamento, nec ab illis quidem qui jus habent Prothomiseos, nec etiam a fisco.

Scriptum est enim Grecorum legibus de jure prothomiseos, ubi dicitur de termino et finibus que[7]) jus habent ipsum, videlicet quod illi qui

Scriptum est in Graecorum legibus de jure Prothomiseos, vbi dicitur de termino et fine ejus qui jus ipsum habet, videlicet quod illi qui

[7]) sic.

in circuitu sunt[8]) per finem silicet ipsam propinquitatem quam ipsi habent silicet proprie sunt in vendicione conjuncti victoriam ipsius vendicionis habeant. In tali itaque ordine, ut illi qui habent ipsam prothomisem unius anni spacium, post annum vero nullam prothomisem habere debeant, neque possint. Si autem sint in ipsa terra vel loco, haneant prothomiseos victoriam usque ad quatuor menses; ita tamen si fuerint a venditoribus solempniter requisiti, et non renunciaverunt emere.

Item de ipsa prothomise in alio Grecorum capitulo continetur, ut qui habet prothomisem a tribus partibus, illorum pacior sit vendicio, et una pars nichil ibi habeat; set si habet a duabus partibus, collacione facta recipiant eam omnes, sicut propinquitatem habent. Si autem domum prope castrum habeat, ipse eam habeat qui per castrum habet, et non ille qui ipsam prothomisem per parietem habet.

Est autem de generali consuetudine approbatum, quod tria sunt que prothomisem non habent, videlicet via publica, ecclesia et civitas. Explicit etc. Fredericus imperator.

in circuitu sunt confines secundum ipsam propinquitatem quam ipsi habent sed prope sunt in venditione conjuncti victoriam ipsius venditionis habeant. In tali itaque ordine vt qui habent ipsam Prothomisin, infra vnius anni spatium. Post annum vero nullam Prothomisim habent. Si autem sint in ipsa terra vel in ipso loco habeant Prothomiseos victoriam usque ad quatur[9]) menses. Ita tamen si fuerint a venditoribus solenniter requisiti, et non renuntiauerint timere.[10])

Item de ipsa Prothomisi in alio Graecorum capitulo continetur, vt qui habent Prothomisim a tribus partibus illorum potior sit venditio, et vna pars nihil ibi habeat. Quod si habeant a duobus partibus, collatione facta recipiant eam omnes sicut propinquitatem habent.

Si autem domum prope castrum habeat ipse eam habebit qui Prothomisim per castrum habet, et non illi qui ipsam Prothomisim per parietem habent.

Est autem de generali consuetudine approbatum quod tria sunt quae Prothomisim non habent scilicet via publica, Ecclesia et Curia.

Fällt schon bei dieser Zusammenstellung der Vergleich zu Ungunsten der in den Monumenten benutzten Handschrift aus, so muss das Urtheil über diese sich noch ungünstiger gestalten, wenn uns Matthäus de Afflictis p. 216

---

[8]) von hier ab bis zum Worte proprie einschliesslich ist der Text offenbar verderbt. Die betreffenden Worte sind völlig perplex und erhalten überhaupt erst einen Sinn, wenn man sie mit Hülfe der Lesarten des nebenstehenden Textes des Matth. de Afflictis corrigirt.

[9]) sic.

[10]) statt emere, offenbar nur ein Druckfehler.

bis 217[11]) seines Tractates darüber belehrt, dass der letzte Theil des Textes, beginnend mit den Worten: Scriptum est enim Grecorum legibus, obschon er bei Pertz die Unterschrift: Fredericus imperator aufweist, gar nicht mehr der ursprünglichen, angeblich von Friedrich II. herrührenden constitutio de jure protimiseos angehört, vielmehr griechisches, d. h. unter den Griechen Süditaliens entstandenes Gewohnheits- und Statutarrecht wiederzugeben bestimmt war, und daher nicht, wie es die Pertzsche Handschrift thut, durch ein eingeschobenes „enim" mit der vorhergehenden, das gemeine Recht des jus protimiseos in Italien regelnden Constitution verbunden werden darf, sondern als eine spätere Zuthat davon wohl zu unterscheiden ist.

Die Richtigkeit dieser Angabe des Neapolitanischen Juristen erhellt aus der Thatsache, dass die Novelle des byzantinischen Kaisers Romanus Senior Lacapenus vom Jahre 922 (Zachariae de Lingenthal. Jus Graeco-Rom. III, col. III, Nov. 2. p. 234 sequ.), aus welcher die obige Constitution, von jener späteren Zuthat abgesehen, unzweifelhaft hervorgangen ist,[12]) für die Ausübung des jus protimiseos seitens des Berechtigten zwar eine Frist von 30 Tagen resp. 4 Monaten (cap. I), sowie bezüglich der Anfechtung von Grundstücksveräusserungen an Mächtige (*δυνατοί*, potentes) eine Verjährung von 10 Jahren (cap. II) festsetzt, dagegen eine Präclusivfrist von 1 Jahre für abwesende und von 4 Monaten für anwesende Vorkaufs- und Näherberechtigte nicht kennt. Ebensowenig findet sich eine Andeutung hiervon in andern griechisch-römischen Quellen.[13])

Auf der andern Seite ergiebt eine Vergleichung der nach der Mittheilung des Matthäus de Afflictis dem ursprüng-

---

[11]) Et hic finiunt verba Federici, et sequuntur quaedam leges graecae loquentes de jure Prothomiseos, et istae leges graecae non servantur nisi ubi est consuetudo vel statutum, quia sunt leges locales, ideo sequitur § scriptum est; vergl. ferner Matth. de Afflict. ibid. p. 222.

[12]) Cujacius libr. feud. V. tit. 13. Zachariae von Lingenthal, Geschichte des Griechisch-Röm. Rechts (2. Aufl.), Berlin 1877, S. 215, Note 734; S. 217, Note 740.

[13]) Harmenopulos, Procheiron III, 3. 118. 119 (ed. Dionys. Godofred.). Zachariae v. Lingenthal a. a. O. S. 222. 223.

lich griechischen Localrechte Süditaliens entnommenen Worte: scriptum est in Graecorum legibus ct., mit Statuten des süditalischen Festlandes wie Siciliens,[14]) dass die hier für die Ausübung des jus protimiseos festgesetzte Frist von 1 Jahr für absentes und von 4 Monaten für praesentes in der That eine nur locale und particuläre Bedeutung hatte und offenbar einer Combination der germanischen Frist von Jahr und Tag[15]) mit den griechischen Fristen von 30 Tagen resp. 4 Monaten ihre Entstehung verdankt. Dasselbe gilt auch von den übrigen, mit den Worten: Item de ipsa Prothomisi in alio Grecorum capitulo, eingeleiteten, auf Gewohnheits- und Statutarrecht der Griechen in Neapel und Sicilien zurückzuführenden Bestimmungen, die allmählich in das Recht der Bürger einzelner Städte ohne Rücksicht auf ihre Herkunft übergingen und so ein Bestandtheil des süditalischen und sicilischen Städterechts überhaupt wurden. Auch sie zeigen eine Combination zwischen dem byzantinischen Rechte der Novelle des Romanus Senior und süditalienisch-griechischem Gewohnheitsrechte, welches sich in den verschiedenen Orten verschieden gestaltete. Es sei hier nur Eins hervorgehoben. Zwar lässt sich die in den Schlussworten statuirte Ausschliessung der Kirchen vom jus protimiseos aus einer späteren Novelle desselben byzantinischen Kaisers Romanus Senior Lacapenus, betreffend das Verbot der Erwerbung von Immobilien durch Mächtige, ableiten.[16]) Dagegen die Verordnung, dass das fragliche Recht auch da cessire, wo als

---

[14]) cf. Statuten von Bari (consuetudini Baresi ed. Giulio Petroni, Napoli 1860) Rubr. XI, 1. Dudum — consuetudo inolevit — a graecorum prudentia derivata: non enim potest quisque, licet rei suae dominus sit, res suas passim et sine distinctione distrahere propter jus prothomiseos —. 2. Post venditionem factam jus vicinitatis inter praesentes et scientes quadrimestri tempore limitatur; inter ignorantes autem vel absentes usque ad annale tempus producitur. Stat. v. Palermo und Messina s. d. folg. Note.

[15]) cf. Statut. von Palermo (ed. Mar. Muta, Panhormi 1644) c. 26. De jure prothomiseos et consanguinitatis. — Quod quidem jus locum habet, et durat usque ad annum, mensem, hebdomadam et diem, infra quos si possesio contigua seu collateralis fuerit vendita per vicinum contiguam, vel collateralem possessionem habentem, recuperari poterit jure praedicto, soluto precio pro quo fuerit possessio vendita, et justis expensis. Stat. v. Messina (ed. Hartwig 1867) c. 31.

[16]) Col. III, Nov. 5, v. J. 934/5 (Jus. Graec.-Rom. III.).

Hinderniss für das Näherrecht und seine Geltendmachung ein öffentlicher Weg als Nachbargrundstück der dem jus protimiseos unterliegenden Liegenschaft in Frage kommt, ist lediglich auf griechisch-italienisches Gewohnheits- und Statutarrecht zu begründen, von dem sich daher auch nur vereinzelt Spuren auffinden lassen.[17])

Nach dem Vorstehenden wird es verständlich, weshalb Cujacius lib. Feudor. V, 13 die Worte: Scriptum est in Graecorum legibus ct., bei Herstellung der von ihm anscheinend unter Zugrundelegung des griechischen Textes der Novelle des Romanus interpolirten Constitution Friedrichs II. als späteren Zusatz zu derselben von lediglich particularrechtlicher Bedeutung ohne Weiteres fortgelassen hat.

Beitrag zur Erklärung von Cap. 72 Buch R des Rechten Weges.

Von

Herrn Referendar Dr. **Sally Meyer** in Danzig.

Die in der Ueberschrift genannte Stelle lautet: [1])

Hatte wir euch vor geschrebin, wie das ein man sein gewonnen adir gegebin standerbe und farnde habe moge vorgebin ane seiner erbin widersproche: nu habt ir uns vorbas mehr gefraget, ap eyner moge gebin noch seinem tode sein gut und sein erbe eyner personen, dornoch der andirn, der dritten, der virden und noch ir allir tode an kirchen und an selegerete wenden von rechte.

---

[17]) Unter den sicilischen Stadtrechten geschieht desselben nur in dem von Catania Erwähnung Tit. 47: Praedia non dicuntur esse contigua: inter quae via publica est in medio, vel flumen continuo defluat, seu discurrat. (Cosm. Nepita, comment. in cons. civ. Catinae, Panormi 1594.)

[1]) Böhlau, Zeitschr. f. Rg. IX S. 32 Anm. 77.

Antwort:

Eyn man mag sein gewonnen adir gegebin standerbe und gut, farnde habe, wol vorgebin vor gericht wie manchen personen er wil, noch dem eynen uff den andirn zw komende adir zw kirchen adir tzu selegerethe, wie er wil, v. r.

Wie ich in meiner Dissertation „Beiträge zur Geschichte der fideicommissarischen Substitutionen insbesondere der bürgerlichen Familienfideicommisse in Deutschland — Bonn 1878" S. 2 ff.[2]) eingehend auseinandergesetzt habe, wird in diesem Schöffenspruch auf die Anfrage nach der Zulässigkeit fideicommissarischer Substitutionen eine verneinende Antwort erteilt, und zugleich das Rechtsinstitut der gesammten Hand als Ersatzmittel angegeben. Wenn ich jedoch dort der Meinung war, als handelte es sich dabei um eine Vergabung mit der Clausel, dass — unter Ausschluss aller Veräusserungs- und Erbrechte — der Tod eines jeden Gemeiners ohne Weiteres Consolidation zu Gunsten der überlebenden zur Folge haben sollte, so kann ich hier diese Auslegung nicht mehr als richtig anerkennen. Allerdings findet sich im Mittelalter bei Auflassungen zur gesammten Hand nicht selten die Nebenbestimmung, dass das von allen zugleich zu besitzende Gut „von einem auf den andern" resp. dass der Anteil eines Gesammthänders mit dessen Ableben „auf die übrigen" fallen soll,[3])

---

[2]) Vgl. über das Verhältniss von Rechter Weg R 72, Magdeburger Fragen I, 12, 1 und Pölmannsche Distinctionen II, 2, 7 ebendaselbst Anhang I S. 22 ff. Bei dieser Gelegenheit sei es gestattet, einen störenden Druckfehler zu verbessern, welcher sich in jenen Abschnitt eingeschlichen hat: auf S. 25 Z. 22 muss es statt C (Pölmann) heissen C (Rechter Weg).

[3]) Den in meiner Dissertation angeführten Beispielen seien noch folgende, ähnliche Rechtsverhältnisse behandelnde hinzugefügt:

a. (Mauritius Breunle.)

Eyn kurtz formular und Kantzley büchlein, daryn begriffen wird wie man eynem iglichen, was stands, wurde, eheren und wesen er ist, schreyben sol. Vorhyn yn Druck vorfasset und ytrunder auff das nawe mit fleyss ubersehen und an viel örtern mit nawen Formularien Deutscher sendtbrieffe gebessert 1530. Am Schluss: Gedruckt zu Leypsigk durch Valten Schumann. Im 1.5.3.0. Jare. — Folium 63—64.

aber es ist klar, dass eine solche Anordnung nimmermehr das Surrogat eines successiven Vermächtnisses sein kann. Denn wenn auch der Alienation wie der successio ab intestato ein Riegel

---

Geschefft als etlich person von habe wegen zu eynander verpflichten.

Ich A. N. unnd E. sein ehelichs eheweyb und ich Martha W. alle bürger und bürgerin zu N. bekennen öffendlich mit diesem briff. Als dan vil jare und zeyt her [und] uns freundlich mit eynander gehalten und betragen, und auch alle unser hab und gut zusamen gemengt und gelegt haben, und darumb das wir auch hinfur die zeyt unserer lebtag dester friedlicher und getrewlicher bey eynander bleiben sollen und mügen So haben wir alle drey samentlich und unverscheidelich mit gutem vereynten willen und wolbedachtem muthe dis unser gescheﬀt onwiderüfflich geschickt und geacht als hernach geschrieben stehet. Und setzen auch das fur unser letzten willen und meinung. Also welches unter uns obgenannten dreyen personen eyne vor der anderen von todes wegen abgehet das also dan die anderen personen oder persone, welche unter uns ynn leben seyn, sollich unser gemengte hab, die weyl wir leben, inhaben, nuetzen und niessen, und der zu ihrer notturfft gebrauchen, und das die ye von eynem auff das ander gefallen uud bleiben sol, alle dieweyl unter uns dreyen eyns im leben ist, und wen wir dan alle drey von todts wegen abgangen seyn, was dann von unser aller habe nach der letzten person abgang erspartt würdet und vorhanden bleybt, es sey wenig oder vil, das sollen unser vormunde durch Gotes willen und unser seel heyl willen geben an die ende unde stet, wa sie nach ihrer gewissen dunckt daz es nottürfftig und auff das aller best und nutzlichest angelegt und bestat sey . . . . .

b. Eine in vielfacher Hinsicht interessante, bisher ungedruckte Urkunde aus dem Jahr 1564, von der nur noch eine Copie in einem a. 1607 angelegten Danziger Testamentsbuch (Msc. des Danziger Stadt-Archivs) S. 67 ff. erhalten ist.

Anno 1564, den 3. February.

Herr Conrad von Suechten Testament.

Es steint vor einem Erbaren gerichte erschienen der erbar und weise herr Conrad van Suchten, ratmann dieser koniglichen stadt Danzig, und die tugentsame frawe Barbara, seiner ehelich gemal, hern Reinhold Feldsteden seliger gedechtnuss auch weiland ratmannes vorlassene dochter, und hat gemelter herr Conrad vor sich und in ehelicher vormundschaft gemeltes seines ehegemals offentlich angetragen und vorlutbart, dat sie eindrechtiglich aus gutem waren herzen auch wolbedachtem reifem rate, aus liebe und ganz geneigtem freundlichen freien willen, nicht aus schuld oder einiger pflicht, tun, vorehren, geben und zueignen wollen auch hiermit zugeeigent und vorehret haben aus freier hand eine wilkurliche gabe, unwiderruflich, des seligen Tideman Feld-

vorgeschoben ist: die von dem Vergabenden bedachten Personen besitzen nicht **nach** einander sondern **neben** einander; stirbt ferner eine von ihnen, so fällt da, wo nach Art des condominium partes indivisae bestehen, der freigewordene Teil nicht etwa einem bestimmten andern Individuum desselben Kreises zu, sondern allen gleichzeitig nach Verhältniss ihrer Quoten, während für diejenigen Verhältnisse, bei welchen die Berechtigungen der Gemeiner gegen einander nicht abgegrenzt sind, auch nicht einmal jene Anwachsung constatirt werden

---

steden nachgelassenen fünf unmundigen soenen und kinderen mit namen Reinolt, Merten, Rodolf, Hans und Heinrich, so von der edlen und tugentsamen frawen Margarethen Liessen, seiner ehelichen hausfrawen und irer mutter, geboren, vierzehn hundert und dreissig gulden, jederen gulden zu XXX gr. gangbarer munze gerechnet, welche summa geldes zu itziger zeit und stunde bei dem erbaren gerichte durch gedachten herrn Conrad von Suchten und sein ehelich gemal fraw Barbara in desselben ires ehemannes vormundschaft dem erbaren namhaften und weisen herrn Schachmann, ratmanne dieser stadt, also der kinder. blutfreunde, an gutem ganghaftigen gelde baar in seine hende geantwort und ubergeben, sich daran vorzeihende und begebende vor sich und ire erbnamen aller eigentumlichen gerechigkeit van nu an zu ewigen zeiten, und wollen, das solche summa geldes den gedachten jungen Feldsteten itzich wie auch kunftich ohne jemandes hindernuss eigentumlich sein und zugehoren soll. Demnach also das gedachter herr Hans Schachmann solche heuptsumma den gemelten kindern zum besten und zu vermehrunge guten gewissen leuten auf rende tins (austun) sall und geben so das die kinder jerlich van hundert florenen heuptstuel seiben fl. geniessen muogen: und in vermehrung nebenst der hauptsummen van jahre zu jahre zu verrendten auch fleiss beschaffen und verordenen sall, bis zu erreichung jedres kindes sechsundzwanzigsten jaren alters und [de] (tet) also dann der liebe gath sie im leben erhalten, so sall einem jederen nach erreichung der benenten jare — doch da er das gezeugnuss haben würde, (dass) er sich erbarlich und aufrichtig in gutem gruecht und namen vorhalten, das seine nicht unnutzlich vorzehret und zugebracht — das funfte teil der heuptsumma der zugehörigen nutzbarkeit in seine hende entfangen und ubergeben werden. Mit welchem er ferner seines gefallens nutz schaffen und zu seinem eigenen besten gebrauchen mag. So aber vermerket wurde, das einer oder mehr unter den funf kinderen sich nicht gebuerlicher weise bass zu erreichung der benanten XXVI jare vorhalten heten, so soll als denne solch sein heuptgelt sampt der nutzbarkeit im in die hende nicht gegeben werden, beforen er zu seinen dreissig jaren alters ist gekommen, mitler zeit sein leben gebessert und in gathes furcht gefueret. Do er

kann.[4]) Aus dem Gesagten folgt unmittelbar, dass von einem Uebergange des ganzen Objects, wie er ja bei fideicommissarischen Substitutionen das gewöhnlichste ist, hier ebensowenig die Rede sein kann, als von einer genau geregelten Reihenfolge, in welcher die Accrescenz vor sich zu gehen hat. An die gesammte Hand in dieser Form können daher die Magdeburger bei Abfassung ihres Gutachtens R 72 des Rechten Weges unmöglich gedacht haben; dagegen hindert uns nichts, dasselbe in folgender Weise zu deuten:

Es kann jemand eine Sache mehreren communi manu mit der Bestimmung auflassen, dass immer nur einer von ihnen das Object Zeit Lebens inne haben und geniessen, und dass der Besitzwechsel nach einer stricten Ordnung erfolgen soll.

---

aber in den ernanten jaren sich noch gotloes und nicht wie billich der erbarheit (gemäss) vorhalten hete, so sall des sein anteil der heuptsumma und nutzunge ime genzlich und gar entzogen und in die hende der hausarmen gegeben und gerendet werden. In dem auch einer oder mehr unter den funf bruderen vor erreichung der XXVI oder XXX jaren mit dode abginge, so sall des vorstorbenen anteil auf die nachbleibenden seine bruder erben und fliessen. Im falle aber — welches Got genediglich vorhueten wolle — so die funf brudere vor erreichunge der ang(e)stelten und benanten jare mit dode abgiengen, als denne sall solch geld samptlich und alles so vorhanden sein würde, an die hausarmen fliessen und denen zum besten gewendet werden und nicht auf einige der funf bruder nach bleibende blutzfreunde oder andere ihre erbnehmer kommen und erben. . . . .

Wider hebben gemelde herr Conrad van Suchten so wol (als) fraw Barbara sein ehegemahel in vormundschaft eres herren ehemannes bovengemelt diese erklerunge getan, so et sik todrege, dat erkener von den viff broderen sick woll anlegede und mit rat unde consens seiner vorwanten freundschop in den ehestand begeve, vor errekunge der sechs und zwanzigsten (sic!) jare: so sall im seine portion des heuptstuels sampt der rente und mitunge gefolget werden, und also erflick in seinen henden bliefen. . . . . .

NB. Die „Hausarmen" sind nach einer gleichzeitigen danziger Urkunde, welche ebenfalls im Testamentsbuch von 1607 copirt ist, solche Arme, welche „sich schämen zu betteln" und daher in ihrem Hause Unterstützungen empfangen.

Lexer, Mittelhochdeutsches Taschenwörterbuch, Leipzig 1879 S. 81 s.v. hûsarme erklärt das Wort mit „Arme, welche kein Haus und Obdach haben."

[4]) Vielmehr tritt nur Consolidation ein, d. h. die Beschränkung, welche bisher in der Existenz des Rechts des Verstorbenen für die Rechte der übrigen Gesammthänder bestand, wird ipso jure aufgehoben.

Die Aehnlichkeit einer solchen Verfügung mit dem successiven Vermächtniss ist eine sehr grosse; auch wird man unwillkürlich an die investitura simultanea in ihrer späteren Gestaltung [5]) erinnert. [6]) Leider kann ich eine weitere Stelle, aus welcher eine solche Gestaltung der gesammten Hand erkennbar wäre, nicht angeben.

Uebrigens ist R. 72 des Rechten Weges auch noch in einer andern Beziehung interessant. Auf die Frage: ap eyner moge gebin noch seinem tode sein gut und sein erbe eyner personen, dornoch der andirn, der dritten, der virden und noch ir allir tode an Kirchen und an selegerete wenden von rechte, wird ausdrücklich geantwortet: Eyn man mag sein ... gut ... wol vorgebin ... wie manchen personen er wil, noch dem eynen uff den andirn zw komende adir zw kirchen adir tzu selegerethe, und es ist unzweifelhaft, dass hier die Subjecte, welchen man eine Sache zuwenden kann, lediglich deshalb alternativ bestimmt sind, weil eine juristische Person — wie z. B. eine Kirche oder kirchliche Stiftung — nicht fähig ist, als Gemeiner zu fungiren. Der Grund dieser Untauglichkeit wird sofort klar, wenn wir uns erinnern, dass man ursprünglich für die gesammte Hand gemeinsamen Haushalt forderte. Eine juristische Person war daher von vornherein zur Teilnahme an einem solchen Rechtsverhältniss nicht qualificirt, und dieser Zustand dauerte auch fort, als man jenes Postulat längst fallen gelassen hatte. [7])

Schliesslich sei nicht unerwähnt gelassen, dass man neben der Vergabung zur gesammten Hand noch ein anderes Mittel

---

[5]) Vgl. darüber Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts II 2, Berlin 1876. § 121 S. 398.

[6]) Freilich ist bei diesem Institut das Nachfolgerecht der Coinvestirten immer nur ein eventuelles, d. h. es kommt erst dann zur Realisation, wenn der besitzende Vasall ohne lehensfähige Descendenz verstirbt. In Folge der Erblichkeit der Lehen konnte sich daher hier die gesammte Hand nicht so weit entwickeln, als in gleicher Richtung im Gebiete des Landrechts. Ein Beispiel aus der Zeit vor der Erblichkeit der Lehen bei Stobbe Zeitschrift f. R.-G. IV. S. 238.

[7]) Ausser andern Gründen spricht auch die Unfähigkeit der juristischen Personen zur Teilnahme an der gesammten Hand gegen die von Beseler, Erbverträge I § 6 entwickelte Ansicht, dass die Vergabungen

hatte, um die fideicommissarischen Substitutionen zu umgehen, nämlich eine mehrfache Vergabung von Todes wegen. Zum Beweise dafür diene folgende Notiz des Rostocker Stadtbuchs aus dem Jahre 1279 (Meklenburgisches Urkundenbuch II, S. 595 Nr. 1479):

> Gerlacus de Cosfeld coram communi consilio resignavit sorori sue Sophye, que est heres sua legitima, domum suam in qua residet; si deus eam sibi retinuerit cum omnibus utensilibus et supellectilibus in ipsa remanentibus tali conditione, quod non vendat nec impignoret, sed in ipsa ad dies vite sue manebit, si mortem suam supervixerit; sed post mortem predicti Gerlaci vel[8]) sue sororis eadem domus Sancti Spiritus erit, que jam Sancto Spiritui ab utroque cum omnibus utensilibus que superesse potuerint, est coram consilio rationabiliter resignata . . . . .

Gerlach von Cosfeld will, dass das von ihm bewohnte Haus nach seinem Tode seiner Schwester, nach deren Ableben dem H. Geist-Hospital zufalle. Zu dem Zwecke vergabt er das Haus mortis causa an seine Schwester mit der Bestimmung, dass es nach ihrem Tode dem H. Geist-Hospital gehören solle. Damit letzteres aber ganz sicher gehe, vergabt er an dasselbe das Grundstück sofort ebenfalls mortis causa weiter und zwar unter ausdrücklichem Vorbehalt des durch die erste Vergabung für seine Schwester erworbenen Rechts und unter ihrer Mitwirkung.[9])

---

von Todes wegen, welche ja vorzugsweise zu Gunsten von kirchlichen Instituten vorgenommen wurden, ein Gesammteigentum bewirkt haben.

[8]) Statt vel ist richtiger et zu lesen.

[9]) Diese Mitwirkung ist lediglich als eine Folge der Erbenqualität der Schwester aufzufassen.

Zur Geschichte der Miethe und Pacht

in den

deutschen und germanischen Rechten des Mittelalters

von

Herrn Dr. jur. **v. Brünneck**

in Halle a. Saale.

§ 1.

Das in deutschen und germanischen Rechtsquellen aufgestellte Princip, dass, wenn der Eigenthümer eines Grundstücks sich verpflichtet, dasselbe einem Anderen zu überlassen, es demnächst aber einem Dritten veräussert, der erste Contrahent dem zweiten vorgehen soll,[1]) fand auch in den Fällen An-

---

[1]) Hamburger Stadtr. (Lappenberg, Hamb. R.-A. I.) v. 1270 I, 7: So wor een man vordinget ofte vorkoft ofte to weddeschatte set weder wegene syn erue enen manne edder twen, ofte so welker hande gut it sy, ofte se twedrachtlich darumme worden, so we danne den ersten kop edder den ersten weddeschat tugen mach, de schal den kop edder den weddeschat beholden; v. 1292 c. III. v. 1497 G. III. Stader Stat. v. 1279 (Pufendorf, Obs. App. I. p. 171) I, 3. Altes Lübisches R. (Hach) cod. III. Thl. 2 art. 249. Stadtr. v. Bremen v. 1303 ord. 69 (Oelrichs, Vollst. Samml. alter u. neuer Gesetzb. der freien Stadt Bremen I, S. 105) v. 1428 II, 49 (a. a. O. S. 363) v. 1433. 46 (a. a. O. S. 469). Verdener Stat. nach 1416 (Gengler, Deutsch. St.-R. S. 507, auch bei Pufendorf Obs. I App. p. 101—102) 70. Rigisch. R. v. 1542 (Oelrichs, Bremen 1773) IV, 3. Vergl. Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 273. Von ausserdeutschen R.-Qu. sind hier die isländisch-norwegischen anzuführen: Gragas, Landabrigtha-balkr c. XIII. Jarnsida Landabrigtha. Balkr c. XVI Gulathingsgesetz 78 (s. die folg. Note). Dass in fränkisch-langobardischen Rechtsquellen seit Mitte des 9. Jahrhunderts dem früheren Erwerber der Vorzug vor demjenigen, dem späterhin dasselbe Grundstück vom nämlichen Auctor aufgelassen wurde, anscheinend nur dann zuerkannt wird, wenn mit dem Veräusserungsvertrage (traditio) ein Act symbolischer Investitur verbunden ward, soll hier nicht bestritten werden. (cf. Brunner, Jenaer Litteraturbl. 1876 Art. 439. Sohm, Festgaben für Thöl S. 103 ff.) Diese symbolische Investitur dürfte jedoch lediglich als ein Bestandtheil der traditio, nämlich als der Ausdruck symbolischer Abschliessung des Veräusserungsvertrages (z. B. durch Uebergabe der festuca oder der carta) anzusehen, und ihr daher jede selbständige Bedeutung der traditio gegenüber abzusprechen sein. Es werden in der von Brunner angeführten langobardischen Urkunde die

wendung, wo Jemand eine und dieselbe ihm gehörige unbewegliche Sache für die nämliche Zeit an mehrere Personen nach einander vermiethete oder verpachtete.[2])

Der von Einigen[3]) vermisste Beweis für die Behauptung, dass dieses Vorzugsrecht des älteren Vertrages nicht sowohl dann stattfand, wenn noch keiner der Prätendenten sich im thatsächlichen Besitz des veräusserten Grundstücks befand, sondern auch da zur Anwendung kam, wo einem älteren, nicht besitzenden, ein jüngerer, jedoch früher zu dessen Besitz gelangter Prätendent gegenüberstand, wird, von Rechtsquellen

---

Worte: vindo, tradido, mancipo, per presentem cartola investituram facere videor, durchaus synonym gebraucht. So wenig wie hier von der traditio noch eine, von dieser getrennt zu denkende, venditio und mancipatio unterschieden wird, ebensowenig ist die investitura als ein selbständiger, von der traditio verschiedener Vorgang zu betrachten. Der Beweis für die Behauptung, dass diese symbolische Investitur eine Art constitutum possessorium vertreten habe (Sohm a. a. O. S. 109) ist meiner Meinung nach bis jetzt noch nicht erbracht. Die hierdurch auf den Erwerber übertragenen Befugnisse könnten übrigens immer nur im uneigentlichen und figürlichen Sinne als Gewere bezeichnet werden, nicht aber liesse sich eine solche Gewere mit dem Begriff der eigentlichen Gewere, wie er von Laband und Heusler m. E. überzeugend festgestellt ist, identificiren. Bestand ja nach Sohm's Darstellung ihre Bedeutung wesentlich nur in der Selbstunterwindungsbefugniss des Erwerbers dem Veräusserer gegenüber. Diese aber, so wichtig sie auch sein mag für die Erkenntniss der Natur und Bedeutung des übertragenen Rechts, kann für sich allein nicht ausreichen, derselben zugleich possessorische Functionen beizumessen.

[2]) Rechtsb. nach Distinctionen (Ortloff, Samml. d. R.-Qu. I) II, 4. d. 14: Haben mehr lute eyn hus gemith wen eyner, wer dy irsten mitunge bewisen magk der behilt sy unde der ande muste abetreten. Eisenacher R.-B. (Ortloff, a. a. O. I) III, 39 R.-B. Johann Purgoldt's (Ortloff II) B. II, 65. Gulathingsges. 78 (Norges gamle love, Keyser og Munch. I): Nu selr mathr eina iörth tveim monnom, sa scal hava er fyrri toc, oc hvervitna thess er mathr selr tveim monnum hit sama, tha scal sa hava er fyrri kaupir, aetha leigir. (Veräussert Jemand eine Erde (ein Grundstück) zweien Männern, so soll sie haben, wer zuerst (veräussert) erhält, und wo immer Jemand veräussert zweien Männern dasselbe, so soll es haben, wer zuerst kauft oder pachtet). Frostathingsges. XIII, I (s. die folg. Note). Landslög v. 1274 (früher irrthümlich als neueres Gulathingsgesetz bezeichnet, Norges gamle love II) VII, 6.

[3]) Brunner, Jenaer Litteraturbl. 1876, Art. 439; Stobbe, Handb. des Deutsch. R. III, S. 154, Note 11.

aus späterer Zeit abgesehen,[4]) durch das gerade über diese Frage mit besonderer Bezugnahme auf die Eventualität einer mehrfachen Verpachtung derselben Liegenschaft sich näher und bestimmter als andere Rechtsquellen auslassende altnorwegische Recht erbracht.

Das Frostathingsgesetz XIII, 17 entscheidet folgenden Rechtsfall: Ein Besitzer hat das nämliche Grundstück zweimal für dieselbe Pachtzeit verpachtet. Der erste Pächter, dem der zweite auf das Gut aufgezogene Pächter in dessen Besitznahme zuvorkam, verlangt von diesem die Räumung des Pachtgutes. Er hat, um mit seinem Anspruch vor Gericht durchzudringen, nur zu beweisen, dass er das streitige Grundstück früher als sein Gegner verpachtet erhielt.[5])

Dahingegen folgt daraus, dass im Allgemeinen bei mehrfacher Veräusserung derselben unbeweglichen Sache das ältere Vertragsrecht den Vorzug hat, noch nicht ohne Weiteres die Anwendbarkeit dieses Princips auf den Fall des Zusammentreffens eines älteren Mieth- oder Pachtrechts mit dem später als letzteres entstandenen Vertragsrechte eines Käufers oder eines solchen dritten Erwerbers der vermietheten oder verpachteten Liegenschaft, welcher vermöge eines auf Eigenthumserwerb gerichteten Vertrages als dessen Rechtsnachfolger an die Stelle des Vermiethers oder Verpächters tritt.

---

[4]) Stat. v. Langensalza v. 1556, Art. 12 (Walch, Vermischt. Beitr. VII S. 277). Jus Culmens. ex ult. rev. IV, tit 5. c. 10. Coutum. de Lille v. 1533 (Bourdot de Richebourg, cout. général II, p. 946) ch. XV, nr. 13. Quand deux louagiers pretendent jouir par louage d'une maison ou héritage, l'un par louage verbal, et l'autre par realité, celuy ayant bail de priore date, supposé qu'il ne soit realizé, doit obtenir avant le subsequent, ayant obtenu realizé.

[5]) — hafi fram vitni sitt... at hann toc iörth tha fyrri (er führe vor sein Zeugniss (am Thing)... dass er dies Grundstück früher (verpachtet) erhielt). v. Amira, Altnorwegisches Vollstreckungsverfahren S. 255. Darüber, dass derselbe Grundsatz nach altnordischem Recht allgemein und namentlich auch bei Mobilien galt, vergl. meine Reluitionsklag. aus Veräusserungsbeschränk. nach den Isländ. R.-Qu. u. s. w. S. 10 ff. Dass übrigens selbst in deutschen Rechten dieser Vorzug des älteren Vertragsr. nicht immer allein auf die Veräusserung unbeweglicher Sachen eingeschränkt ward, erhellt aus dem Wiener Stadtr. (Schuster) 11.

Bereits von anderer Seite[6]) ist darauf aufmerksam gemacht, wie es ein Irrthum wäre, wollte man meinen, der Satz „Kauf bricht Miethe“ verdanke im deutschen und den ihm verwandten germanischen Rechten seine Entstehung erst der Reception des Römischen Rechts. Derselbe findet sich vielmehr schon in Rechtsquellen des Mittelalters und zwar selbst in solchen, welche, wie z. B. die sogleich anzuführenden friesischen Rechtsquellen, zweifellos von jedem Einfluss des fremden Rechts unberührt geblieben sind. Ausser dem alten Dithmarser Landrecht, dessen Worte: „vri kop mach arfhure updriuen“[7]) füglich ebenso auf Zeitpacht wie auf Erbpacht bezogen werden dürfen,[8]) begegnen wir ihm im Eisenacher und in Johann Purgoldt's Rechtsbuch.[9]) Dort heisst es: „der kouf tued di mite abe;“ freilich mit dem Zusatz, dies sei Stadtrecht, nach Landrecht gelte die entgegensetzte Maxime, der zufolge der Miether bei seinen contractlichen Ansprüchen gegen den Käufer geschützt werde. Ausser sonstigen namentlich ausserdeutschen Rechtsquellen, deren wir später in anderm Zusammenhange erwähnen werden, ist hier ferner aus dem Bereiche des friesischen Rechts das Emsinger Pfennigsschuldbuch anzuführen. Der § 40 desselben (von Richthofen, Friesische Rechts-

---

[6]) Stobbe, Handb. d. deutschen R. III, S. 259.

[7]) L.-R. 1447 § 149. L.-R. 1539 Art. CIV. § 1 (Michelsen, Samml. Altdithmarser R.-Qu.)

[8]) Michelsen a. a. O. S. 324, 325 zu L.-R. 1539, Art. CIV. § 1, vergl. Dithmars. L.-R. 1567, Art. 79 § 5. Eiderstädter L.-R. 1572 Thl. 3. Art. 39, § 5 (Schrader, Handb. des vaterl. R. in den Herzogth. Schleswig und Holstein III, S. 185, Art. a.). Neumünstersche Kirchspielsgebr. Art. 43 (Dreyer, Vermischt. Abh. II, S. 1053 ff.)

[9]) Eisenacher R.-B. III, 31: Hat eyn man sin hucz adir eigin vormit, vorkoift her daz, der kouf tued di mite abe. S. recht. Abir noch lantrechte wolde en der abetribin, der ez gekofft had, daz en sal nicht sin; wan her ist sin ingedinge nehir zcu bewisene uf den heilgin zcu eyn jar zcinse adir zcu ein halbin, danne ez yenir breche moge. Rechtsb. Joh. Purgoldt's II, 46. Während mit dem Stadtrecht hier wahrscheinlich das Eisenacher Statutarrecht gemeint ist (Ortloff a. a. O. I. Einl. S. LIII, Stobbe R.-Qu. I, S. 416), ist unter Landrecht vermuthlich sächsisches Recht und zwar das im R.-B. nach Distinctionen enthaltene Recht zu verstehen (vergl. das. II, 40. 5), welches seinerseits wiederum mit den darin benutzten Goslarer Statuten (Göschen) S. 21, Z. 39 ff., S. 24. Z. 19 ff. übereinstimmt.

quellen S. 209) sagt: Her is fester sa thi cap,[10]) hit ne se thet ma thet wrcapie ieftha wrwixle, thech sa skel thi thet bruke, ther thet herd heth, thet ier wr;[11]) anda thi nime tha here, ther het capad ieftha wixlad heth. (Heuer ist fester als Kauf, es sei denn, dass man das (verpachtete) Land verkauft oder in Tausch giebt. Dann soll es brauchen, der es gepachtet hat, das Jahr über; und der nimmt die Heuer, der es gekauft oder eingetauscht hat.) Wenn hiernach der Singularsuccessor des Verpächters den Pächter nicht sofort austreiben darf, sondern noch das Jahr über, in dem die Veräusserung stattfand, im Pachtgute dulden muss, so ist dies nach dem Landrechte Frieslands nicht etwa als ein Ausfluss des hinfällig gewordenen Vertragsrechts des Pächters anzusehen. Der Grund ist vielmehr, wie aus einer andern, gleichfalls dem friesischen Landrechte angehörenden Quelle, dem Brokmerbrief,[12]) erhellt, in jenem bekannten, für die Lehre vom Fruchterwerbe nach deutschem Recht bedeutungsvollen Moment zu suchen. Danach gebühren die Früchte eines ihm nicht eigenthümlich gehörigen Grundstückes demjenigen, der redlicher Weise die zu ihrer Hervorbringung erforderlichen Arbeiten auf demselben verrichtet, namentlich dasselbe gepflügt und besäet hat,[13]) dafür aber auch verbunden ist, dem Grundeigenthümer einen Zins für die Nutzung des Landes zu ent-

---

[10]) Wenn hier der Heuer, verglichen mit dem Kauf grössere Festigkeit zugeschrieben wird, so wird dies nur dadurch erklärlich, dass die unmittelbar vorhergehenden §§ 37—39 vom Näherrechte und der Anfechtung des Kaufes auf Grund desselben handeln, von der bei der Heuer freilich keine Rede sein konnte.

[11]) Vergl. Gl. zu Sachsenspiegel (Homeyer) II, 59, § 2.

[12]) § 160 (v. Richthofen, a. a. O. S. 173, 174.) Tiht ered and esen heth, thi nimene fech thes ieres, and thi ther thet lond ekaped het ieftha wixlad, thi nime tha hera. And alsa den set fon alrecke londe, sa mar mithe hwerft. (Derjenige, welcher gepflügt und gesäet hat, der nimmt die Früchte des Jahres, und der, welcher das Land gekauft oder eingetauscht hat, der nimmt die Heuer. Und ebenso soll es mit allen Grundstücken gehalten werden, die veräussert werden.) S. ferner Emsiger Pfennigsschuldbuch § 41 a. E. (von Richthofen S. 209.) vergl. mit Ostfriesisch. L.-R. (v. Wicht, Aurich 1746) B. II, S. 270, 274 und dazu Friedlieb, Abhandl. aus dem Schleswig-Holst. Privatr. S. 31. Note.

[13]) Sachsensp. II. 46 § 1—4. 58 § 2, III, 76 §§ 3. 4.

richten, ohne dass deshalb immer ein Vertragsverhältniss zwischen ihm und jenem stattzufinden braucht.[14])

Erst dem dortigen Stadtrechte war es vorbehalten, bei der Miethe von Häusern und Hofstellen die Dauer des Miethsvertrages für die ganze, übrigens nur ein Jahr währende Miethszeit, und den Fortbestand der Detentionsbefugniss des Miethers innerhalb derselben, ungeachtet eines inzwischen eintretenden Verkaufes des vermietheten Grundstücks zu verordnen.[15])

Fassen wir jetzt diejenigen Rechte ins Auge, welche nach der entgegengesetzten Regel: „Kauf bricht nicht Miethe", dem Miether die Möglichkeit eröffnen, sich für die ganze Dauer der vertragsmässigen Miethszeit in der Gewahrsam des Miethsgegenstandes gegen dessen Käufer zu behaupten. Es ist nicht unbemerkt zu lassen, wie diese Wirkung des Miethsrechts keineswegs immer allein schon mit der Thatsache verknüpft ward, dass der Miethsvertrag früher abgeschlossen wurde, als der contractliche Anspruch des Käufers auf Ueberlassung des ihm verkauften Grundstücks entstand. Die Verdener Statuten, obschon sie in Uebereinstimmung mit anderen, ihnen verwandten sächsischen Stadtrechten den Vorzug des älteren Vertrages bei mehrfacher Veräusserung derselben Immobilie als allgemeinen Grundsatz hinstellen, machen die Geltung der dem Verlaufe der Zeit nach vorgehenden Miethe dem Käufer gegen-

---

[14]) Sachsensp. II, 46. § 3.

[15]) Appingadamer Bauernbrief von 1327 (v. Richthoven, a. a. O., S. 296) § 4.: Si quis domum vel aream locatam vendiderit, conductor possidebit eam usque ad terminnum anni, quem conduxit. Dagegen erhielt sich im Landrechte des heutigen holländischen Friesland der Satz „Kauf bricht Miethe" vereinzelt auch in späterer Zeit noch, vergl. Lant-Recht van Hunsingo, Fyvelingo ende det Wester-Quartier (Groningen 1664) B. V. Nr. 40. 1. 2. — als de heere des goedes dat selve gehuyrde in een erfflycke opdracht, 't sy dan in coop, wissel ofte anders opgedragen ende overgeven heeft — is de heere des goedes schuldig den meyer voor de opruyminge te vernoegen een jaer huyre etc. während sonst im übrigen Holland das entgegengesetzte Princip „Kauf bricht nicht Miethe" (huire gaat voor koop) zur Herrschaft gelangte, vergl. z. B. Lantrecht van Overyssel (gedr. 1630) Thl. II, tit. IX Art. 3, Lantrecht van Drenthe (Groningen 1713) B. III, 81, und von Rechtsquellen aus älterer Zeit die unten S. 146 Note 24 citirte Amsterdamer Willkür.

über davon abhängig, dass der Miether das gemiethete Haus bereits bezogen und durch Einrichtung einer selbständigen Wirthschaft in demselben die Detention desselben ergriffen hat. Andernfalls soll der Kauf der Heuer (Miethe) vorgehen.[16]) Nicht minder ist zu beachten, dass selbst Rechte, deren spätere Entwickelung die Befolgung der Regel „Kauf bricht nicht Miethe“ ohne die eben gedachte Modification aufweist, in älterer Zeit, wenngleich sie jenes allgemeine Princip von dem Vorzug des älteren Vertragsrechts von vorn herein statuiren, und einige derselben der möglichen Collision zwischen mehreren Pächtern bezüglich des nämlichen Grundstücks ausdrücklich erwähnen,[17]) über das Verhältniss der Miethe und Pacht zu dem später als letztere existent gewordenen Rechte eines Singularsuccessors des Vermiethers oder Verpächters noch gänzlich schweigen. Die Geschichte des Hamburger Rechts ist hier besonders lehrreich. Während dasselbe ganz allgemein sagt, so oft Jemand dasselbe Grundstück mehreren Personen nach einander verdinge, verkaufe oder zu Pfand setze, solle der ältere Contrahent dem jüngeren vorgehen,[18]) suchen wir darin doch vergeblich nach einer Vorschrift darüber, ob das nämliche auch dann gelten solle, wenn das dem Einen vermiethete Haus an einen Andern hinterher verkauft wird. Weder das Stadtrecht von 1270, noch das von 1292, noch endlich selbst das vom Jahre 1497 macht eine Nutzanwendung aus jener generellen Vorschrift auf den Miethsvertrag und sein Verhältniss zu einem seinem Abschluss nachfolgenden und auf die Uebertragung des Eigenthums an dem Gegenstande der Miethe auf einen Dritten gerichteten Veräusserungsgeschäfte. Erst die zu der letztgedachten Redaction des Hamburger

[16]) Verdener Stat. St. 70 vergl. mit St. 12 (Pufendorf a. a. O. I. App. S. 81. 82.) So jemand dem andern sin erve offte huesz verhüret, binnen Verden, betagede he dat erve, also dat he darin hedde rock und kost, de möchte siner hure bruken sine tidt uth, hedde he averst dat erve nicht betaget, und wurde dat erve verkofft, so ginge koep vor hure. S. hierzu die Anmerkung von Pufendorf a. a. O. S. 82. „Betagen dicitur, qui per integrum diem in domo jam habitaverit, vt rem familiarem instructam ibi habuerit, Rock und Kost, Rauch und Kost, quod alias dicitur Feuer und Heerd, seu Rauch und Heerd.“

[17]) S. oben S. 138. 139.

[18]) S. oben S. 138 Note 1.

Stadtrechts von 1497 verfasste Glosse des Bürgermeister Langenbeck sagt hierüber mit einer sprichwörtlichen Wendung: „hur brickt koep“ und fügt sodann erläuternd hinzu, die Miethe gehe dem Kaufe vor (hur gheyt vor). Der letztere Satz wird jedoch, was gleichfalls nicht unbeachtet zu lassen, nicht etwa als Folgerung aus irgend einer Stelle des geschriebenen Rechts, namentlich nicht aus den Stellen abgeleitet, welche jenen obersten Grundsatz von der Priorität des älteren Vertrages sanctioniren. Der Glossator beruft sich dieserhalb lediglich auf lokales Gewohnheitsrecht.[19])

Ebenso lässt das ältere norwegische Recht das Rechtsverhältniss des Pächters zu dem Singularsuccessor des Verpächters noch unberücksichtigt. Das ältere Gulathings- sowie das Fostathingsgesetz sprechen nur ganz im Allgemeinen von dem Vorzug des älteren Kaufes und der älteren Pachtung bei mehrfachem Verkaufe beziehungsweise mehrfacher Verpachtung derselben Immobilie.[20]) Erst das an Stelle der älteren Provinzialrechte als gemeines Landrecht für ganz Norwegen durch König Magnus Hakonarson im Jahre 1274 publicirte Gesetzbuch[21]) nahm unter spezieller Berücksichtigung dieses Collisionsfalles den Satz auf, dass der Pächter, so lange nachweislich sein Pachtvertrag laufe, im Besitze des gepachteten Grundstücks bleiben dürfe, wenn auch Verpächter es während der Dauer der Pachtzeit einem Andern verschenke, verkaufe, in Zahlungsstatt gebe oder ihm Theilungshalber überlasse.[22]) Auch hier aber wird die Wirksamkeit des Pachtrechtes be-

[19]) Gl. zu G. XIV. — De koper ysz ock plichtich to holdende dat bescheet in dem kope bespraken; so me denne hure moth holden de de vorkoper beschedeth — velemeer de de wonheyt effte recht bestediget; ghelick tho Hamborch schudt, dar hur brickt koep, das ysz: hur gheyt vor, sick al wert dat ghudt vorkofft, so moth de koper de hur dulden.

[20]) Gulathingsges. 78. Frostathingsges. XIII, 7 S. oben S. 139 Note 2 und S. 140.

[21]) Konrad Maurer in v. Holtzendorff's Encyclopädie (2. Aufl.) I, S. 252.

[22]) Landslög VII, 1 — ef mathr leigir iörth af landz drotne. tha skal hann a theirri iörthu bua sua lengi sem vattar hans vitu at hann tok ser ardar mala. Nu tho at mathr gefi iörth sina etha seli. etha gialde etha skipti. tho skal sa hafa ardar mala sinner tok (— wenn Jemand pachtet Erde vom Landherrn, dann soll er diese Erde so lange bewohnen als seine Zeugen wissen, dass er Pflugzeiten pachtete. Obgleich

züglich der Erhaltung des Pächters im Pachtbesitze ungeachtet der erfolgten Veräusserung des Pachtgutes weder äusserlich an den an einer andern Stelle des Gesetzbuches sich vorfindenden Rechtssatz von dem Vorzuge des älteren Vertragsrechts angeknüpft, noch durch Induction als Folgerung aus jenem[23]) obersten Princip abgeleitet. Sie wird vielmehr, um dies schon hier vorgreifend zu bemerken, allein auf die Rechtsbeständigkeit des zwischen dem Pächter und Verpächter geschlossenen Pachtvertrages zurückgeführt. Schliesslich sei überhaupt bezüglich der Zeit der Entstehung des Satzes „Kauf bricht nicht Miethe" die Bemerkung verstattet, dass derselbe anscheinend einer verhältnissmässig erst späten Epoche der Rechtsgeschichte des Mittelalters angehört. Hierauf deutet ausser den bereits angeführten Momenten der Umstand hin, dass derselbe in einigen erst in der zweiten Hälfte des funfzehnten Jahrhunderts redigirten Stadtrechten auf Willküren[24]) zurückgeführt wird, worin er sich gewissermassen als eine erst neu geschaffene Satzung ankündigt. Es dürfte somit die Ansicht nicht zu gewagt scheinen, dass seine Geltung in früherer Zeit wenn nicht geradezu zu Gunsten der entgegengesetzten Regel ,,Kauf bricht Miethe" ausgeschlossen, so doch mindestens unsicher und zweifelhaft war.

§ 2.

Sucht man nach Gründen dafür, woher es komme, dass der in deutschen und germanischen Rechten so bedeutungsvolle[25]) Grundsatz von dem Vorgehen des ältern Vertrags-

---

nun der Mann verschenkt seine Erde oder verkauft oder in Zahlungsstatt giebt oder theilungshalber (einem Andern) überlässt, so soll (dennoch) jener seine Pflugzeiten behalten, die er pachtete).

[23]) Dieser steht VII. c. 6, während der Satz, dass Kauf u. s. w. die Pacht nicht breche, sich daselbst c. 1 aufgenommen findet.

[24]) Züricher Rathserkenntniss v. 1487. Willkür von Amsterdam III Tit. XXXIII. No. 2 (Handvest. Privil. Octroyen Costum. en wille keuren der stad Amstelredam 1663) — op den 28 dag in April anno 1459 is gewillekeurt — soo wie enig huys verhuert of huert, die huere sal vast moeten staen also lange als dat huys verhuert is, al waer't sake, dat't selve huys na verkoft worde etc.

[25]) Ueber die demselben von den Glossatoren und Commentatoren des R. R. gegebene Gestalt und das sg. jus ad rem vgl. meine Schrift „Ueber den Urspr. des sg. jus ad rem" (Berlin 1869) S. 14 ff. S. 63 ff.

rechts nicht durchweg in allen, vor der Reception des Römischen Rechts aufgezeichneten Rechtsquellen, speziell aber in denjenigen Rechten, welche die Regel „Kauf bricht nicht Miethe" adoptirten, nicht schon von Alters her, noch ohne Weiteres als selbstverständliche Consequenz jenes obersten Princips, auf den Fall eines Zusammentreffens eines älteren Mieths- oder Pachtrechts mit dem jüngeren auf Eigenthumserwerb gerichteten Vertragsrechte eines Rechtsnachfolgers des Vermiethers oder Verpächters Anwendung fand, so liegt es nahe, hier zunächst eine Vorfrage aufzuwerfen. War der in den mittelalterlichen Rechtsquellen anscheinend generell statuirte Vorzug des älteren Contrahenten in früherer Zeit vielleicht durchgängig und später wenigstens nach manchen Rechten etwa nur allein in den Fällen Platz zu greifen bestimmt, wo mehrere Vertragsrechte derselben Art, z. B. zwei Kauf- oder zwei Miethsansprüche mit einander zusammentrafen? Oder ward doch mindestens ihre Collision mit solchen Vertragsrechten bezüglich des nämlichen Grundstücks vorausgesetzt, die hinsichtlich des durch sie zu bewirkenden Eigenthums- oder sonstigen Rechtserwerbs an Immobilien denselben Zweck verfolgten und an Bedeutung und Umfang gleiche Rechte hervorzubringen geeignet waren?

Von den bei mehrfachem Verkaufe und mehrfacher Verpfändung desselben Grundstücks möglichen Collisionsfällen ist durch Laband[26]) nachgewiesen, dass unser Grundsatz in manchen Rechten nicht bloss dann zur Anwendung kam, wenn zwei Verkäufe beziehungsweise zwei Verpfändungen sich entgegenstehen. Derselbe griff ebenso gut auch dann durch, wenn auf Grund einer älteren Verpfändung ein späterer Verkauf des streitigen Grundstücks angefochten werden sollte. Bei dieser Sachlage kann man trotz der auch für das ältere deutsche und germanische Recht, namentlich wo es sich um die sg. neuere Satzung handelt, zu behauptenden grossen rechtlichen Verschiedenheit zwischen Pfandrecht und Eigenthum in den beiden genannten, an sich verschiedenartigen Veräusserungsfällen einer Verpfändung und eines Verkaufes derselben unbeweglichen Sache immer noch insofern ein gemeinsames

---

[26]) Vermögensrechtl. Klagen S. 272. 273.

Moment auffinden, als die Verpfändung, wenn auf Grund derselben das Pfandobjekt verkauft wird, ebenso wie der freiwillige Verkauf den Uebergang des vollen Eigenthums am veräusserten Grundstück auf einen Andern zu vermitteln im Stande ist. Wie aber, darf man weiter fragen; war zu entscheiden, wenn ein nur auf die Uebertragung abgeleiteter Besitzrechte an einer Immobilie vertragsmässig erworbener Anspruch mit einem solchen Vertragsrecht zusammentrifft, das bestimmt und qualificirt ist, das echte Eigenthum auf den Rechtsnachfolger des Grundherrn zu übertragen?

Nun lässt sich nicht leugnen, dass es Quellenzeugnisse giebt, welche andeuten, ein obschon jüngeres Vertragsrecht sei um deshalb einen älteren contractlichen Anspruch zu brechen im Stande gewesen, weil ersteres auf den Eigenthumserwerb an einem Grundstück gerichtet ist, während letzteres nur die Erlangung abgeleiteter Besitzrechte bezweckt. Wenn das ältere Dithmarser Recht und die ihm verwandten späteren Rechtsquellen den Vorzug des Kaufes vor der Erbheuer sowie vor der Heuer schlechthin mit den Worten ausdrücken: „Freikauf bricht Heuer",[27]) so wird hier allerdings durch die Bezeichnung des Kaufes als Freikauf das dadurch begründete, den Erwerb des vollen Eigenthums vermittelnde Vertragsrecht als allodiales Erwerbsgeschäft in bewussten Gegensatz gestellt zu der nur abgeleitete Rechte an Grundstücken hervorbringenden Zeit- oder Erbpacht.[28]) Es wird ferner bezüglich der Leihe von Grundstücken, der nicht erblichen sowohl wie der erblichen, in einzelnen Rechtsquellen und Urkunden[28]) ausdrücklich festgesetzt, es solle, wenn der Grund-

---

[27]) S. oben S. 141 Note 7.

[28]) Stadtr. von Regensburg v. 1230 (Gaupp, Deutsch. St.-R. I. S. 170) 14. — quicunque civis acquisierit bona vel a monasteriis vel ab aliis quibuslibet personis, vineas, domos vel alias possessiones, ad spacium vitae unius vel plurium personarum, si contingat dominum cujus sunt bona vendere, vel infeudare, vel obligare illa, non minus habebit ille, qui acquisivit bona, in eisdem bonis juxta quod dictum est jus, quod acquisivit, ei qui tunc bonis dominatur, censum soluturus. Handfeste von Freiburg im Uechtlande von 1249 (Gaupp a. a. O. II S. 95) Burgdorfer Handfeste v. 1316 (Gaupp S. 131) Urk. v. 1278 (Lörsch u. Schröder No. 123) Preterea si nos vendere contigerit ipsam pensionem, jus heredi-

herr das ausgethane Gut später an einen Dritten veräussert, den Rechten des Besitzers dadurch kein Abbruch geschehen. Der Erwerber solle gehalten sein, ihm den von seinem Rechtsvorgänger mit ihm abgeschlossenen Vertrag zu halten. Dies deutet darauf hin, dass selbst bei erblicher Ueberlassung von Grundstücken zu abgeleiteten Besitzrechten sich dies anfänglich nicht überall von selbst verstand. Wird sich hiernach nicht bestreiten lassen, dass die Unvollkommenheit der abgeleiteten Besitzrechte im Vergleich zum echten Eigenthum in manchen Rechten die Ursache gewesen sein mag, eine Ausnahme von dem Princip der Priorität des älteren Vertrages bei mehrfacher Veräusserung derselben Immobilie zu Ungunsten der erblichen wie der zeitlichen Besitzüberlassung eintreten zu lassen, immerhin stehen der Meinung, dass hieraus allein schon die Ausschliessung jenes Grundsatzes bei der Miethe und Pacht von Grundstücken, beziehungsweise die Thatsache seiner erst spät und allmählich erfolgenden Ausdehnung auf dieselbe sich ergebe, gewichtige Bedenken entgegen.

Im altnorwegischen Recht hatte das sg. getheilte Eigenthum und die erbliche Uebertragung von abgeleiteten Besitzrechten an Grundstücken bei dem verhältnissmässig erst spät zum Durchbruch kommenden, das Staatsleben im Wesentlichen unberührt lassenden Lehnswesen[29]) ursprünglich gar keine Geltung und auch später blieb es noch längere Zeit hindurch von untergeordneter Bedeutung. Demungeachtet vermochte trotz des in seinem Rechtssystem vorherrschenden allodialen Eigenthums das Recht des blossen Zeitpächters zur Wirksamkeit gegenüber einem dritten Eigenthümer des Pachtgutes zu gelangen. An die Möglichkeit eines Ueberwiegens des Eigenthumsrechts nur allein um seiner allodialen Natur willen über das zeitlich begrenzte bloss abgeleitete Recht des Pächters kann daher hier nicht füglich gedacht werden. Ebensowenig ist mit

---

tarium apud dictos pensionarios remanebit et erit per omnia eis salvum, venditione hujusmodi non obstante. Hofsessenvertrag v. 1299 (Zeitschrift für die Geschichte d. Oberrheins Bd. V. S. 391) — mit dirre selben gedinge wird och die hovestat von den hoveherrn wegen verkoft, enweg gegeben, oder swie sie verendert wirt, an swen sie gevellet, der sol den hovesessen diese gedinge stete lan.

[29]) S. v. Amira a. a. O. Vorrede S. XI.

jener Vermuthung die Thatsache in Einklang zu bringen, dass an einzelnen Orten Deutschlands, so in Eisenach,[30]) der Satz „Kauf bricht Miethe“ sich behauptete, trotzdem im Uebrigen, bei der in den Städten im Allgemeinen früher als auf dem platten Lande sich vollziehenden Verschmelzung des Hofrechts mit dem gemeinen Land- beziehungsweise Stadtrechte, die Ueberlassung von Immobilien zu abgeleiteten Besitzrechten an Rechtsbeständigkeit und im Laufe der Zeit auch an Umfang und Bedeutung den Formen der Veräusserung zu vollen freien Eigenthumsrechten nahezu gleich kamen.[31]) Endlich ist nicht zu übersehen, dass wiederum in einigen anderen Rechten die entgegengesetzte Regel „Kauf bricht nicht Miethe“ durchdrang, obwohl darin die Anschauung hie und da durchblickt, dass die Miethe ein ursprünglich im Hofrechte wurzelndes oder doch den hofrechtlichen Besitzverhältnissen analoges Rechtsverhältniss sei, dem zufolge der Miether als ein Hintersiedler, Seldener oder mit ähnlichen, ein hofhöriges Verhältniss ausdrückenden Worten bezeichnet[32]) und nach Art des gegen Hörige und Grundholde geübten gutsherrlichen Pfändungsrechts der aussergerichtlichen Pfändung des Vermiethers unterworfen wurde.[33])

§ 3.

Man könnte bei weiterem Forschen nach den Gründen der Erscheinung, dass der Vorzug des älteren Vertrages bei der Collision zwischen Miethe und Kauf oder einem andern, den Erwerb des Eigenthums an Immobilien vermittelnden Veräusserungsgeschäft in den älteren deutschen und germanischen Rechten bald ausgeschlossen blieb, bald wiederum Anwendung fand, versucht sein, nach dem Vorgange Albrecht's,[34]) die Lehre von der Gewere heranzuziehen. Es liesse sich hiernach die

---

[30]) S. oben S. 141 Note 9.

[31]) Heusler, Gewere S. 142, 143. Arnold, zur Gesch. des Eigenth. in den deutsch. Städten S. 34, 141, 192, 205, 249. Ders., Cultur und R. der Römer, S. 208.

[32]) Rechtsb. n. Distinct. II, 4 d. 5 vergl. mit II, 4 d. 2 (hindersedel) Eisenach. R.-B. III, 28. Grimm, Rechtsalterth. S. 318. 119.

[33]) R.-B. n. Dist. II, 4 d. 18. Wiener Stadtr. (Schuster) Art. 38 u. f. Vergl. Phillips, Grunds. d. deutsch. Privatr. I, S. 533.

[34]) Gewere S. 118 Note 259 a. S. 278 Note 798.

Ansicht aufstellen, überall da, wo nach Orts- oder Landesrecht dem Miether und Pächter eine Gewere an der von ihm innegehabten Liegenschaft zugeschrieben wurde, sei dem die Verschaffung dieser Mieths- oder Pachtgewere vermittelnden Mieths- oder Pachtvertrage nach der Regel „Kauf bricht Miethe" der Vorzug vor einem jüngeren Kaufe eingeräumt worden. Hinwiederum habe ihm dieses Vorrecht nach der entgegengesetzten Regel „Kauf bricht nicht Miethe" dort nicht zugestanden werden können, wo nach der herrschenden Rechtsauffassung die Möglichkeit der Erlangung der Gewere an der Mieths- oder Pachtsache ausgeschlossen blieb. Ob neben der Erbpacht und Erbleihe auch mit der, die bloss zeitliche Ueberlassung unbeweglicher Sachen bedingenden Pacht und Miethe die Gewere verbunden sein konnte, erscheint selbst durch die neueren sorgfältigen Untersuchungen von Laband[35]) und Heusler[36]) noch nicht völlig aufgeklärt. Dass der Pächter, der ein Grundstück nicht wie der Miether bloss inne hat, sondern auch die Nutzung daraus zieht, der Gewere nicht darbte, möchte kaum zu bezweifeln sein. Gerade das für die Anerkennung der Gewere entscheidende Moment der dem Detentor dargebotenen Möglichkeit der Nutzziehung[37]) trifft beim Pächter, der die Naturalfrüchte in erster Hand bezieht, in höherem Maasse zu als in vielen anderen Fällen, wo die Nutzung einer unbeweglichen Sache nur in der Erhebung eines Zinses in Geld oder sogar allein in, nach Geld schwer zu schätzenden Diensten besteht (wie z. B. beim Lehnsherrn, welcher vom Vasallen die Leistung von Kriegs- oder Hofdiensten empfängt), und wo dem ungeachtet eine Gewere statuirt ward.[38]) Ueberdies lassen sich einige, wenn auch wenige Quellenbelege beibringen, welche dem Pächter zweifellos die Gewere am Pachtgute zuschreiben[39])

---

[35]) Vermögensrechtl. Klag. S. 161 ff.

[36]) Gewere S 114 ff.

[37]) Laband und Heusler a. a. O.

[38]) Laband a. a. O. S. 163.

[39]) Urk. a. 1368 (Lüntzel, die bäuerlichen Lasten im Fürstenthum Hildesheim 1830. S. 265), in welcher die Pächter anführen, sie hätten den betreffenden Acker „in unsen hebbenden weren in nud un in gelde und in upboringe besetten." S. ferner Augsburger Stadtrecht v. 1276, Art. 128 § 3. Aus dem altfranzösischen Recht ist hier die von Heusler

Dahingegen wird man bei der Miethe sowohl von ganzen Häusern, als von einzelnen Wohnungen oder anderen Räumlichkeiten innerhalb derselben die Zulässigkeit der Annahme einer damit verbundenen Gewere eher zu bezweifeln als zu vermuthen haben. Der Grund freilich, dass die Möglichkeit der Nutzung der vom Miether detinirten Liegenschaften ausgeschlossen sei, trifft nicht, oder doch jedenfalls nicht immer und unter allen Umständen zu. Wenn wir keinen Anstand nehmen dürfen, demjenigen, der ein Haus in der Stadt zu Erbleihe erhielt, die Gewere zuzuschreiben,[40]) obschon hier (wofern nicht etwa Gärten oder Aecker dazu gehörten) von Nutzung nur insoweit die Rede sein konnte, als der Erbleiher durch Vermiethen des ganzen Hauses oder einzelner Theile desselben einen Zins daraus zu ziehen in der Lage ist,[41]) so erscheint es nicht unberechtigt, zu fragen, weshalb z. B. Jemand, der ein ganzes Haus auf Zeit miethet, um demnächst seine Lokalitäten an Aftermiether weiter zu vermiethen, der Gewere darben soll, da er doch ebenso wie der Erbleiher aus dem Hause Zins und damit Nutzen zieht. Und dass Letzteres im Mittelalter keineswegs so gar selten geschah, ersehen wir aus einzelnen Rechtsquellen, welche übrigens zwischen dem Rechte des ersten Miethers, dem sie eine verhältnissmässig grössere Selbständigkeit und Bedeutung beimaassen, und dem mehr prekären Rechtsverhältniss, in dem der Aftermiether zu jenem stand, sehr wohl zu unterscheiden wussten.[42]) Dass demungeachtet aller Wahrscheinlichkeit nach auch dem ersten Miether nicht, oder wenigstens nicht allgemein noch schlechthin unter allen Umständen eine Gewere zuerkannt wurde, haben

---

a. a. O. S. 352 aus Beaumanoir, Les coutum. de Beauvoisis XXXIV, 13 mitgetheilte Stelle anzuführen, worin dem Pächter eine saisine d'esploitier zugeschrieben wird.

[40]) S. z. B. Aeltestes Statutarr. der Stadt Soest (Seibertz, Urkundenb. zur Landes- und R.-Gesch. des Herzogth. Westphalen I, no. 42) no. 33, 34, ferner Alte Soester Schrae v. 1350 (a. a. O. II, no. 179) 148, 149. Hier wird dem, der ein Haus oder eine Baustelle zu Wortzins erblich geliehen erhielt, nach Ablauf von Jahr und Tag die rechte Gewere zugeschrieben. Im Uebrigen ist hier zu vergl. Heusler, a. a. O. S. 119, 143.

[41]) Arnold, z. Gesch. des Eigenth. in den deutsch. Städten. S. 192.

[42]) Freiberger Stadtr. (Schott, Samml. deutsch. Land- und Stadtr. III) C. 1. Art. 30, 31. Goslarer Stat. S. 22, Z. 9, S. 21, Z. 24, S. 51, Z. 2.

wir wohl auf Rechnung des Umstandes zu bringen, dass die Miethen im Mittelalter vieler Orten nur auf sehr kurze Fristen, noch kürzer als die bei der Pacht üblichen, in einigen Gegenden[43]) ebenfalls nicht langen Fristen, meistens nicht länger als auf die Dauer von höchstens Einem Jahre abgeschlossen zu werden pflegten und nach Vorschrift mancher Rechte auch nur für diese kurze Zeitdauer processualisch geltend gemacht werden konnten.[44]) Aehnlich wie im Römischen Recht dingliches Recht und actio in rem[45]) mochte nach deutscher und germanischer Rechtsanschauung Besitz und Besitzesschutz auf Seiten des Inhabers einer unbeweglichen Sache eine gewisse Dauer seiner Detentionsbefugnisse voraussetzen und erfordern.

Mag dem jedoch sein, wie ihm wolle, die Gewere und die Frage, ob eine solche dem Miether oder Pächter zugestanden werden konnte oder nicht, ist für Ermittelung und Feststellung der Ursachen der verschiedenartigen Auffassung der Miethe und Pacht im Verhältniss zu dem Rechte dessen, der dem Grundeigenthümer im Eigenthume des Mieths- oder Pachtgutes nachfolgt, als völlig unwesentlich anzusehen. Es lässt sich quellenmässig darthun, dass der Pächter, obwohl ihm, wie wir sahen, die Gewere am Pachtgute zustand, nach dem Rechte mancher Gegenden zu dessen Räumung und Abtretung an den Käufer für verbunden galt.[46]) Hinwiederum ward anderweitig dem Miether die Gewere ausdrücklich abgesprochen,[47]) und dennoch sein Vertragsrecht mit

---

[43]) So in Friesland, Emsiger Pfennigsschuldb. § 41. Brockmerbrief § 160, ferner in der früher dänischen Provinz Schonen. Leg. provinc. terrae Scaniae (de Westphalen mon. ined. rer. Germ. praec. Cimbric. et Megapol. IV, S. 2082) LXVII, c. 1 und 2.

[44]) R.-B. n. Dist. II, 4 d. 2 Eisenach. R.-B. III, 28, 28.

[45]) l. 1 § 3. D. de superficieb. 43, 18. Degenkolb, Platzr. u. Miethe S. 101 103 S. 154 ff.

[46]) Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis XXXIV. Heusler a. a. O. S. 352, 353.

[47]) Brünner, Schöffenbuch (Rössler, Rechtsdenkmäler in Böhmen und Mähren II) 284. Emphiteosis differt a locatione quia iste (emphyteuta) possidet naturaliter sicut fructuarius, sed conductor non. 340. Rusticis eisdem interrogantibus diffinitive responsum est, quod possidet aliquis hereditates vel rem aliam non solum, si ipse persona propria possideat, sed etiam si ejus nomine in possessione rei aliquis sit, licet

der Wirkung ausgestattet, dass er in der Innehabung des Miethsobjekts dem dritten Eigenthümer gegenüber sich zu behaupten vermochte.[48])

§ 4.

Ebensowenig wie die Bezugnahme auf die Lehre von der Gewere erscheint es gerechtfertigt, hier ein anderes Rechtsinstitut, dessen grosse, wenn auch nicht überall gleich relevante Bedeutung für das Immobiliarrecht des Mittelalters im Uebrigen nicht verkannt werden soll, zur Erklärung der verschiedenen Behandlung von Miethe und Pacht im Falle einer Veräusserung des vermietheten oder verpachteten Grundstücks heranzuziehen.

Man hat neuerdings behauptet,[49]) überall da, wo im Mittelalter dem Miether und Pächter durch gerichtliche Auflassung ein dingliches Recht an der Mieths- oder Pachtsache bestellt worden sei, habe eine spätere Veräusserung derselben durch den Grundeigenthümer immer nur, unbeschadet des Mieths- oder Pachtrechts stattfinden können, und habe sich daher die Anwendung der Regel: „Kauf bricht nicht Miethe" von selbst ergeben. Umgekehrt würde, die Richtigkeit dieser Annahme vorausgesetzt, hieraus folgen, dass die entgegengesetzte Maxime von dem Vorzug des obwohl jüngeren Kaufes vor der älteren Miethe und Pacht in allen den Fällen hätte durchgreifen müssen, wo die Auflassung der vermietheten oder verpachteten Liegenschaft, beziehungsweise nach dem Rechte des späteren Mittelalters die Eintragung des Mieths- oder Pachtrechts in Gerichts- oder Grundbücher thatsächlich unterblieben oder überhaupt nicht rechtsüblich geworden war.

---

etiam ille ejus juri subjectus non sit, qualis colonus est vel inquilinus — ipse possidere videtur. Wenn hier übrigens nicht bloss dem Miether, sondern auch dem Pächter die Gewere abgesprochen wird, so darf dies wohl auf den in dieser Quelle auch anderweitig stark und früher als in andern gleichzeitigen deutschen R.-Q. hervortretenden Einfluss des R. R. zurückgeführt werden. (Stobbe, R.-Qu. I, S. 525 ff.) Diesem scheint mir Heusler, Gewere S. 119 bei Verwendung der angeführten Belegstelle zum Beweise dafür, dass die deutschen Stadtrechte dem Miether die Gewere absprechen, zu wenig Rechnung zu tragen.

[48]) Brünner, Schöffenb. 139.

[49]) Dahn, deutsches Rechtsbuch (Nördlingen 1877.) S. 196.

Der Ungrund dieser Meinung ist nicht schwer zu erweisen. Uebereinstimmend mit andern Stadtrechten[50]) schreibt das Hamburger Recht von 1497 die Verlassung vor dem Rathe und die Eintragung des Eigenthumsüberganges in das Stadtbuch unbedingt vor.[51]) Es verordnet zugleich, abweichend von dem im Uebrigen auch von ihm aufgestellten allgemeinen Rechtsprincip über das Vorgehen des älteren Contracts bei mehrfacher Veräusserung desselben Grundstücks von Seiten des nämlichen Rechtsurhebers, derjenige von mehreren Prätendenten solle den Vorzug haben, der die Beobachtung dieser Formalität für sich hat, obwohl ein anderer sich auf einen älteren Erwerbsvertrag zu stützen oder den thatsächlichen Besitz der fraglichen Liegenschaft für sich geltend zu machen vermag. Trotzdem hiernach bei derartigen Collisionen, wo die beiden sich entgegenstehenden Veräusserungsverträge auf den Erwerb des vollen Eigenthums an der nämlichen unbeweglichen Sache gerichtet sind, ausnahmsweise zu Gunsten des jüngeren Contrahenten der von ihm erlangten Auflassung oder Eintragung wegen entschieden wird, macht dasselbe Hamburger Recht in dem besonderen Collisionsfall, wo Miethe und Kauf sich gegenüberstehen, die Anwendung der von ihm befolgten Regel: „Kauf bricht nicht Miethe" von einer Auflassung der vermietheten Immobilie an den Miether oder einer Eintragung seines Rechts in das Stadterbebuch nicht abhängig. Auch gegen den bereits eingetragenen Käufer soll sich der Miether in der Detention der ihm vordem vom früheren Eigenthümer überlassenen Sache behaupten dürfen, ohne deshalb gezwungen zu sein, seinerseits ebenfalls eine Eintragung des ihm vertragsmässig eingeräumten Miethsrechts nachzuweisen. Ebensowenig wie im Hamburger Recht ward im älteren Norwegischen Recht, als in das gemeine Landrecht von 1274 die

[50]) Hildesheimer Stat. Art. 87 (Pufendorf obs. IV App. 298) Lüb. Urth. bei Michelsen Oberhof no. 105, S. 191.

[51]) G. III — we den ersten weddeschat efte kop tughen mach, de schal den kop efte den weddeschat beholden. Wat averst vor dem rate vorlaten vnde in der stad bock geschreuen steyt, dat gheyt vor alle segele vnde breue, edder rowelycke lange besyttunge, der me ghenetet na segelen vnde breuen, de er ankumpst vnde recht vormelden vnde medebryngen, vergl. hierzu Billwärder R. 39.

von uns mitgetheilte Stelle [52]) über das Fortbestehen des Pachtrechts, ungeachtet eines im Laufe der Zeit eintretenden Wechsels in der Person des Grundherrn, Aufnahme fand, die Geltendmachung desselben dem Dritten gegenüber dadurch bedingt, dass eine Auflassung des Pachtgutes an den Pächter den Abschluss des Pachtvertrages hätte begleiten oder ihm nachfolgen müssen. Es ist dies um so bemerkenswerther, als die diesem Recht eigenthümliche Form der Auflassung durch Vornahme der symbolischen Handlung des skeyting (scotatio) [53]) im sonstigen Güterverkehr Norwegens, namentlich wegen der Rücksichtnahme auf das Odalsrecht von eminenter juristischer Bedeutung war. [54])

Soweit mir dies festzustellen möglich war, findet sich das Institut der Auflassung auf die Miethe überhaupt zuerst angewandt in einigen flandrischen Coutumes, die, wenn sie auch ihrem Inhalte nach in eine frühere Zeit zurückreichen, uns heute in der homologirten [55]) Form vorliegen, die ihnen die Redactionen des sechzehnten oder gar erst des siebzehnten Jahrhunderts gaben. Gegensätzlich zu zahlreichen andern niederländischen Coutumes, welche die Geltung der Regel: „Kauf bricht nicht Miethe" (huere gaat vor coop, le louage va devant l'achat) durchaus nicht von der Vornahme der Auflassung oder Eintragung abhängig machen, [56]) wird in den fraglichen Stadtrechten die Vollziehung des Miethsvertrages vor den Schöffen zu dem Behuf vorgeschrieben, um dem Miether, vermöge der auf diese Weise begründeten Dispositionsbeschränkung des Vermiethers dessen Rechtsnachfolger gegenüber, die Möglichkeit zu verschaffen, sich in der Gewahrsam des von ihm bewohnten

---

[52]) S. oben S. 145.

[53]) Grimm Rechtsalterth. S. 116—117.

[54]) Gulathingsges. 265—294. Frostathingsges. XII. Landslög VI c. 10. v. Amira, Altnorw. Vollstreckungsverf. S. 213—215 S. 258. 259.

[55]) Brunner in v. Holtzendorff's Encycl. I (2. Aufl.) S. 221—223.

[56]) So z. B. Cout. de Gand (Gent), Bourdot de Richebourg, Cout. général I p. 1001, 1002) P. II. Rubr. XIII. art. 1 Cost. der Stadt van Brussel (Christyn, Brabandt's Recht. etc. Antwerpen 1682. I. p. 136—138) art. 116. Recht. ende Cost. van Antwerpen tit. LIX art. 1 (das. I. S. 464.) Stadtr. v. Mecheln v. 1535 (Paul. Christianei in leg. municip. (Mechlinienses) comment. Antw. 1642) tit. 8. art. 1 Cout. de Poperinghe (Bourdot de Riehebourg a. a. O. I p. 930) tit. VI. nr. 6.

Hauses für die Dauer der vertragsmässig stipulirten Miethszeit zu erhalten.[58]) Diese Thatsache ist neben der dabei vielleicht mit in Frage gewesenen Absicht, das eindringende Römische Recht auszuschliessen, wohl folgendermassen zu erklären. Die nach diesen Coutumes bei Veräusserung von Grundstücken zum Zweck der dauernden Eigenthumsübertragung obligatorische Auflassung[59]) mochte im Laufe der Zeit der, damit verbundenen, man-

[58]) Cout. de Tournay v. 1522 (Cout. générale II, p. 963) ch. XXI. 1: Tous les louages de maisons ou autres héritages situez en ladite ville et banlieu d'icelle faits et passez par devant Echevins tiennent, et vaillent tellement que durant iceux il n'est en la puissance du seigneur des dits maisons et héritages louez soit par vente ou autre contract faire partir ou vuider les louages — s'il ne leur plaist. 4: Si un héritage loué simplement par les parties ou pardevant notaire, tesmoings ou autrement sans avoir esté passé et recogneu pardevant Echevins, se vendroit pardevant lesdits Echevins le seigneur et proprietaire peut vendre ledit héritage sans la charge dudit louage. — Uebrigens war in dem Falle, wenn der Vermiether sein Grundstück, ohne auf das Miethsrecht Rücksicht zu nehmen (sans charge de louage), einem Dritten veräusserte, selbst bei gerichtlicher Vollziehung des Miethsvertrages der Miether gehalten, die Veräusserung und Auflassung des betreffenden Grundstücks an den neuen Erwerber während der Dauer des, in Veranlassung derselben vom Gericht einzuleitenden Präclusionsverfahrens (durant les criées) anzufechten (debattre ladite vente), widrigenfalls er die Befugniss verlor, sein Miethsrecht gegen den Singularsuccessor des Vermiethers und Verkäufers zu behaupten. Es entspricht dies der Theorie von der rechten Gewere, deren Wirkungen bekanntlich nicht immer erst nach Jahr und Tag, sondern gegen den, welcher bei der Auflassung zugegen war und von seinem Recht zur Anfechtung derselben keinen Gebrauch machte, sofort eintraten. S. Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 295. Von sonstigen Flandrischen Quellen, welche die Abschliessung des Miethsvertrages beziehungsweise dessen Vollziehung vor Gericht zu demselben Zweck vorschreiben, vgl. man die Cout. de Bruges (Brügge, Bourdot de Richeb. Cout. générale I. p. 581) tit. XXI. art. 1 nr. 1 u. 2. Cout. de Nieuport v. 1615 Rubr. XIII art. 1 (a. a. O. I. p. 742).

[59]) Cout. de Tournay ch. XXI. nr. 2. 3. 4. S. die vorige Note. Bezüglich des Rechts der ältern Flandrischen Keuren, welche nebenbei bemerkt über Miethe und Pacht wenig oder nichts enthalten, namentlich über ihr Verhältniss zu einem späteren Verkauf der Mieths- oder Pachtsache noch gänzlich schweigen — Warnkönig, Flandrisch. R.-Gesch. III, 1 S. 109 — vgl. Jura et consuet. civit. Attrebati (Artois) a. 1211 conc. (Warnkönig a. a. O. III. Anh. S. 35) Art. 37: — nullum donum, nulla venditio, nulla concessio, nulla investitura tenebitur nisi facta fuerit coram Scabinis. S. ferner Warnkönig a. a. O. III, 1581, III, 1 Anh. S. 41, III, 2 Urk. B. S. 157—158, I, S. 341, III, S. 83.

cherlei rechtlichen Vortheile wegen eine derartig beliebte Form für alle Arten der Ueberlassung von Rechten an oder auf Immobilien werden, dass man sie analog selbst auf solche Rechtsgeschäfte ausdehnte, bei denen es sich nur um die Einräumung zeitlich begrenzter Besitz-, beziehungsweise Nutzungsbefugnisse handelte. Und zwar geschah dies mit der Massgabe, dass entsprechend der beim Eigenthumserwerb an Grundstücken stattfindenden Modification des Grundsatzes von dem Vorzug des älteren Vertragsrechts die denselben voraussetzende Dispositionsbeschränkung des Veräusserers nur noch dann Platz greifen sollte, sobald dem durch Auflassung in das Eigenthum des betreffenden Grundstücks gelangten dritten Erwerber gegenüber sich der ältere Miether oder Pächter seinerseits ebenfalls auf Auflassung zu stützen vermochte.

Eine derartige Ausdehnung der Auflassungs- und Eintragungstheorie auf Miethe und Pacht muss jedoch nach den älteren deutschen und germanischen Rechten immer als Singularität angesehen werden. Ebenso wie noch gegenwärtig,[60]) wurde die Auflassung selbst dort, wo für den Erwerb des Eigenthums diese Form der Rechtsübertragung nach geltendem Landesrecht ein nothwendiges Erforderniss geworden, nicht auch durchweg bei der Bestellung anderer Rechte bezüglich von Grundstücken, namentlich aber nicht bei der Einräumung von Mieths- und Pachtrechten für nothwendig erachtet.

§ 5.

Nach dem vorstehend Ausgeführten kann in den erörterten Verhältnissen, welche sämmtlich mit der Miethe und Pacht an und für sich in keinem nothwendigen Zusammenhange stehen, sondern in äussern, dieselbe begleitenden Umständen beruhen, eine ausreichende Erklärung für die verschiedenartige Beurtheilung der Stellung der Miethe und Pacht zu einer späteren, ihrem Abschluss nachfolgenden Veräusserung der vermietheten oder verpachteten Immobilien nicht gefunden werden. Es erübrigt, will man es nicht überhaupt aufgeben, die Gründe dieser Erscheinung aufzudecken, oder sich mit der Annahme mehr oder weniger willkürlicher Rücksichten der Billigkeit bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse begnügen, die Beant-

---

[60]) So z. B. § 12 al. 2 Preuss. Ges. v. 5. Mai 1872.

wortung der angeregten Frage in der Weise zu versuchen, dass wir aus dem Wesen und der Natur des Mieths- und Pachtvertrages die zur Aufklärung dienenden Gesichtspunkte zu gewinnen bemüht sind. —

Ziehen wir deshalb vor Allem diejenigen Momente in Betracht, von denen die Perfection des Mieths- und Pachtvertrages und in Folge dessen seine Rechtsbeständigkeit abhing. Man wird im Allgemeinen nicht bezweifeln dürfen, dass Miethe und Pacht von Grundstücken ebenso, wie andere auf Ueberlassung von Immobilien abzielende Verträge, schon durch die übereinstimmende Willenserklärung der Contrahenten perfect wurden, deren Gültigkeit jedoch meist die Beobachtung gewisser, sie einkleidender Formen, wie des Handschlags,[61]) des Wein- oder Litkaufs unter Zuziehung von Zeugen,[62]) oder der Reichung eines Gottespfennigs[63]) verlangte. Auf der andern Seite ist aber nicht ausser Acht zu lassen, dass manche Rechte neben und ausser der Consenserklärung noch ein zweites, dieselbe gewissermassen ergänzendes und vervollständigendes Perfectionsmoment erfordern. Gilt zwar auch nach diesen Rechten der Mieths- und Pachtvertrag selbst bereits durch die blosse Willenseinigung der Contrahenten, beziehungsweise durch den Litkauf oder die Beobachtung einer andern, sie bestätigenden Formalität für geschlossen, so wird dennoch die geringere oder grössere Rechtsbeständigkeit des Vertrages in Verbindung mit der Art seiner Geltendmachung im Process von dem Eintreten eines ferneren Ereignisses und zwar vornehmlich davon abhängig gemacht, ob Miether oder Pächter die Detention der Mieths- oder Pachtsache bereits ergriffen hat oder nicht.

So wird der auch anderweitig dem Miether zugestandene Beweisvorzug im Processe, demzufolge er durch seinen alleinigen oder durch Eideshelfer zu bestärkenden Eid das Bestehen seines Miethsanspruchs für die Dauer von höchstens Einem

---

[61]) Leg. provincial. terrae Scaniae LXVII. c. 1 s. unten S. 161 Note 68.

[62]) Altes Schleswiger Stadtr. § 53. Neueres Schlesw. St.-R. c. 68. Altes Flensburger St.-R. 65 (sämmtl. in Kolderup Rosenvinge, Samling af gamle Danske Lov. Bd. V).

[63]) Wiener Stadtr. (Schuster) 38.

Jahre[64]) beweisen kann, im alten Lübischen sowie im Freiberger Stadtrecht dadurch bedingt, dass er das gemiethete Haus bereits bezogen hat.[65]) Andernfalls soll der Hauseigenthümer zu dem gegentheiligen Beweise über das Nichtbestehen, beziehungsweise das Aufhören der Miethe verstattet werden. Analog wird bei der Pacht von Grundstücken, hier jedoch ohne Beschränkung auf eine gewisse Dauer derselben, im Augsburger Stadtrecht bestimmt, dass der in „nutz und gewer" des Pachtgutes befindliche Pächter die stipulirte Pachtzeit

---

[64]) S. oben S. 153 Note 44, ferner Rechtsb. n. Distinct. II, 4 d. 5. Altes Schleswiger Stadtr. § 69. Alt. Flensb. Stadtr. 79. Neues Flensb. St.-R. 45 (de Westphalen mon. ined. IV.).

[65] Cod. I (Hach S. 195) Art. 34: — Si quis de conducta domo alium ejicere voluerit, is qui eam conduxit. sola manu in reliquiis ipsam ad annum tenere poterit. si domum intravit. si non intrabit ille cujus domus est prevalebit. Cod. II (das.) 118. Freiberger Stadtr. (Schott, Samml. zu den deutsch. Land- u. Stadtr. Thl. III) c. I Art. 30: Ein iclich man der ein hus gemitet hat, uf einen tac vnd wirt dorinne ist, daz he di vir wende inne hat, wil im der cinsemeister sinen tac brechen oder wil in vz treiben so trete he dar vor gerichte vnd behalde sinen rac mit rechte vnd bite eines vrteils wen he daz hus gemitet habe techte vnd redeliche vnd ein wirt si in den vir wenden vnd tac habe also lange vnd den tac behalden wolle alse recht ist ab he ig icht baz getun muge wen in imant dar vz brenge er sime tage. So sal man im tailen. turre he schweren so behalde he sinen tac baz mit zween vingeren vffen heiligen wen in imant gebreche muge. abir kein man mac keinen lengeren tac behalden wen vnder einer jares vrist. welchen tac he wil vnd get de nit also. daz daz selbe hus sine gemitte herberge si vnd he noch dar inne sulle sin biz an den tac daz im got so helfe vnd alle heiligen. gestet he also so muz he in darinne lazen biz an den tac. — Wenn übrigens hier ebenso wie in den Verdener Statuten 12 (s. oben S. 144 Note 16) anscheinend neben der Thatsache der erlangten Detention auch der Umstand betont wird, dass der Miether in der gemietheten Localität eine selbständige Häuslichkeit begründet hat, „wirt si in den vir wenden", so ist die Bedeutung dieses letzteren Momentes nicht sowohl im Privatrecht, sondern im öffentlichen Recht zu suchen (vgl. das. c. II. art. 3). Wichtig wurde die Thatsache der selbständigen Häuslichkeit namentlich für die Entscheidung der Frage, ob an dem eine eigene Wohnung innehabenden Miether ein Hausfriedensbruch begangen werden konnte. — Vgl. Goslarer Stat. (Göschen) S. 51 Z. 24. Jütisches Lov. II. c. 32 §§ 1. 2. 3. c. 33 § 1. — Dass in dieser Hinsicht zwischen dem bloss gemietheten und dem Jemandem eigenthümlich gehörigen Hause kein Unterschied gemacht ward, berechtigt uns, wie Friedlieb, Abhandl. aus dem Schleswig-Holsteinschen Privatr. S. 33

eidlich solle erhärten und erweisen können, vorbehaltlich des vom Hofherrn durch Zeugen, welche bei der Vertragsschliessung zugegen waren, zu führenden Gegenbeweises.[66]) Abweichend von dem sonst geltenden und gerade in den nordischen Rechten, wie wir gesehen haben,[67]) besonders klar und bestimmt ausgesprochenen Grundsatz von dem Vorzug des älteren Vertragrechts gibt ferner das Schonische Provinzialrecht[68]) das Beweisrecht bezüglich des ihm zustehenden, an und für sich schon durch die, mittelst Handschlages in Gegenwart von Zeugen bestärkte, Consenserklärung begründeten Mieths- oder Pachtrechtes demjenigen von mehreren Miethern oder Pächtern, welcher in dem gemietheten Hause, beziehungsweise auf dem Pachtgute Wohnung genommen hat. Dahingegen soll, wenn noch keiner von ihnen dort eingezogen ist, das Zeugniss des

---

Note 3 mit specieller Bezugnahme auf das Jütische Lov. II, 32 § 3 („Hvile Hus ther man läghär, thet är Hus eghet til Läghamal är utä", lat. Text: „Domus quae conducitur, dicitur esse domus propria conducentis usque ad explecionem termini") überzeugend dargethan hat, noch keineswegs zu dem Schluss, als solle damit Miethe und Eigenthum in Parallele gestellt und der ersteren die Natur und die Wirkungen eines dinglichen Rechts beigelegt werden.

[66]) Ausburger Stadtr. v. 1276 (Stadtb. v. Augsburg herausgegeben von Dr. Christian Meyer, Augsburg 1872) Art. 128 § 3: — Swer dem andren ein gut lat umbe einen zins ouf ein zil, swie daz gut oder daz zil gehaizzen si, chumt daz ze chriege umb daz zil, swer danne in nutz und in gewer sitzzet, der sol daz zil bereden mit sinen zwain vingeren, im brech ez danne der hofherre selbe dritte mit den liuten, die an dem gedingede waren.

[67]) S. oben S. 140.

[68]) Leges provincial. terrae Scaniae (lat. Text des Erzbischofs Andreas Sunesen, s. darüber Konrad Maurer in v. Holtzendorff's Encyclopädie 2. Aufl. S. 276—278. De Westphal. mon. ined. IV) LXVII c. 1: — contractus conductionis et locationis solo consensu contrahentium celebratur, sed impune rescinditur, donec juxta consuetudinem approbatam percussione manus unius in manum alterius roboretur. c. 2: si colonus duos testes habeat super conductionis contractu percussione manuum confirmato, non licebit a conventione recedere locatori. Et quia tantum annua debet esse conductio, non potest etiam ultra annum hujusmodi una conductionis probatio prorogari. Si se duo contendant pariter ab eodem conduxisse, in conductionis mansione residenti semper est probatio deferenda. At si neuter ingressus fuerit mansionem, cui testimonium locator perhibuerit audietur.

Vermiethers oder Verpächters für den einen oder andern den Ausschlag geben. Wird hier die Möglichkeit, das durch den Miethsvertrag erlangte Recht gegen einen andern Miether zu verfolgen, welcher dieselbe unbewegliche Sache von demselben Eigenthümer gemiethet hat, von der erlangten Detention der Miethssache abhängig gemacht, so stellen die Verdener Statuten das nämliche Erforderniss auf im Falle eines Verkaufes des vermietheten Grundstücks. Wie bereits erwähnt,[69]) wird dort die Geltendmachung des Miethsrechts gegen den späteren Käufer dem Miether nur dann gestattet, wenn er in das gemiethete Haus bereits gezogen ist. — Nicht minder erheblich ist die Thatsache der durch den Miether erlangten Detention des Miethsobjekts nach manchen Rechten für die Entscheidung der Frage, ob und unter welchen leichteren oder schwereren Bedingungen es dem einen oder dem andern der beiden Contrahenten gestattet sein soll, von dem Vertrage einseitig wieder abzugehen. Den Bremer und Verdener Statuten[69]) zufolge, ebenso wie nach den Rechten der Schleswigschen Städte[70]), kann der Miether wie der Vermiether durch Erstattung des halben Miethszinses, welcher bei Miethen von nur Eines Jahres Frist einer halben Jahresmiethe gleichkommt, von der Verpflichtung, den Miethsvertrag zu halten, frei werden, sofern der Miether in das gemiethete Haus noch nicht eingezogen ist. Nach erfolgtem Einzug des Miethers ist der Rücktritt entweder überhaupt nicht mehr oder nur dann gestattet, wenn der zurücktretende Vermiether dem Miether die volle Miethe vergütet, welche dieser ihm zu

---

[69]) Bremer Statut 1433 (Oelrichs S. 468) 44: So wor en unse borghere en erve vorhuret ofte huret to jar scaren dat wichelde si, were id also dat erer jenich deme anderen wedder segede eer he dar in vore de mach des anderen los werden mit ener halber jar scare. Verdener Stat. 11.

[70]) Neues Flensburger St.-R. 1284 (Kolderup Rosenvinge a. a. O. V. Plattdeutscher Text) 113: welck man eyn hus huret unde faret yn dat hus, wol dat he de vullen tit nicht darynne syt, he geue de fullen hure unde faret he dar nicht yn, so geue he de halven hure, unde tüth he sin word torügge, de dat hus vorhurde, so geue he deme iennen, de dat hus hurde, de haluen hure. Vgl. Altes Schlesw. Stadtr. 53. Neues Schlesw. St.-R. 68. Alt. Flensburger St.-R. 65. Apenrader Skraa 1335. 39. 113 (sämmtl. bei Kolderup a. a. O.).

zahlen gehabt hätte, wäre die Auflösung des Vertrages unterblieben.

Im Billwärder Recht[71]) ist der Umstand, ob der Einzug des Miethers bereits stattgefunden hat oder nicht, für die Befugniss zur einseitigen Wiederauflösung des Vertrages gleichfalls von Bedeutung. Auch hier kann der vom Vertrage zurücktretende Contrahent, so lange der Miether noch nicht eingezogen ist, unter Umständen schon durch Erlegung einer halben Jahresmiethe seiner vertragsmässigen Verpflichtungen ledig werden. Nach dem Uebergang der Gewahrsam der Miethssache auf den Miether ist der einseitige Rücktritt von der Zahlung einer höheren, mindestens einer vollen Jahresmiethe gleichkommenden Abfindung bedingt.

Ausser diesem, die Perfection des Miethvertrages vervollständigenden realen Moment der erlangten Detention der Miethssache ist demselben Billwärder Recht noch eine ebenfalls mit der Verstärkung der Rechtsbeständigkeit derselben in Zusammenhang stehende Festsetzung eigenthümlich. Je nachdem, ob der Rücktritt vom Vertrage innerhalb einer längeren oder kürzeren Frist vor dem Eintritt eines bestimmten Termins — vier Wochen vor dem Sankt Peters-Tage — erfolgt, kann man sich durch Erlegung einer halben oder ganzen Jahresmiethe von den eingegangenen contractlichen Verpflichtungen lossagen. Dieses soll jedoch nur bei kürzeren, nicht über Ein Jahr ausgedehnten Miethen gelten, und ist auch hier nur so lange relevant, als Miether die Miethswohnung noch nicht bezogen hat.[72]) Wichtiger ist die hiermit in Verbindung zu bringende Verordnung derselben Rechtsquelle, auf die wir unten noch einmal werden zurück-

---

[71]) Art. 74: we gued hured ofte erue to eneme iare, wil he de nicht beuaren, unde secht he wedder up veer weken vor sunte Peters daghe, so mach he mid eneme haluen iare hure guyd wesen; mer secht he na der tyd up, ofte bevaret he se, so schal he eyn gans iare hure geuen. Desghelyck de vorhuret secht he deme wedder up, de aldus eyn iàr huret heft, veer weken vor sunte Peters daghe, de mach mid eyneme haluen iare hure guyth wesen, vnde de ander nicht beuaren heft. Mer het he se beuaren edder secht he eme to na desser vor screuen veer wekenen, so schal he em eyn gans iar hure gheuen. Vgl. ferner das. Art. 75.

[72]) S. die vorige Note.

zugreifen haben, dass im Falle eines Verkaufs des vermietheten oder verpachteten Grundstücks der Miether oder Pächter dasselbe, wie es scheint, sofort oder doch mit Eintritt dieses Termins zu räumen hat, wenn die Veräusserung vier Wochen vor jenem Tage geschieht. Bei später eintretendem Verkaufe darf er die Detention, beziehungsweise Nutzung noch bis zum Sankt Peters-Tage des nächstfolgenden Jahres fortsetzen.[73])

Es lässt sich in den angeführten Rechtsquellen die Widerruflichkeit der Miethe darauf zurückführen, dass der Miethsvertrag bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses für noch unvollkommen perfect galt.

Durch weitere Untersuchung des Wesens und der Natur des Vertrages sowohl bei der Miethe wie bei der Pacht dürfte sich herausstellen, dass, ähnlich wie im Römischen Recht,[74]) demselben eine gewisse Zerbrechlichkeit im älteren deutschen und germanischen Recht überhaupt eigen war und deshalb auch da sich vorfindet, wo es sich nicht um die Frage handelt, ob der Vertragsabschluss erst im Vollzug begriffen oder schon vollständig perfect geworden ist.

Erwähnt ward bereits, wie diejenigen Rechte, welche die Perfection des Miethsvertrages erst mit dem Einzug des Miethers in das gemiethete Haus zu ihrem vollen Abschluss kommen lassen, den einseitigen Rücktritt vom Vertrage, wenngleich unter wesentlich erschwerten Bedingungen, dem Ver-

---

[73]) Art. 65: Koep de drift hure up, wo de koep schee veer weken vor sunte Peters daghe. Schuet he na der tyd, so mach men der hure bruken bette to dene anderen sunte Peter ad cathedram. — Der Tag Sankt Peter ad cathedram ist ein, manchen deutschen Rechtsquellen eigenthümlicher Abzugstermin, nicht bloss bei einer Zeitpacht, sondern auch bei der Landsiedelleihe, der in Hessen beliebten Form der Einräumung nicht erblicher bäuerlicher Colonatrechte. Altes Haslauer Weisthum (Grimm, Weisth. III, S. 614), Churkölnisch. Landr. Rechtsordn. 1663 Tit. XIV § 6 (Maurenbrecher, Rheinpreuss. L.-R. I, S. 449). Seine Aufnahme in das Billwärder Recht ist vermuthlich dem Umstande zuzuschreiben, dass das Geltungsgebiet desselben (das heutige Landgebiet von Hamburg) durch die Grafen von Holstein, zu deren Territorium es bis zu seinem Verkauf an die Stadt Hamburg im Jahre 1385 gehörte, mit Colonisten aus dem westlichen Deutschland besetzt wurde, vgl. Lappenberg Hamb. R.-A. I. Einl. S. CLVI. CLVII.

[74]) Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 170 ff.

miether auch dann noch gestatten, nachdem die vom Miether erlangte Detention der Miethe erhöhte Festigkeit und Rechtsbeständigkeit gegeben hat.[75]) Bisweilen findet sich dieses Rücktrittsrecht auf Seiten des Vermiethers aber auch da anerkannt, wo das geltende Recht jenem in die Erlangung der Detention des Miethsobjekts verlegten realen Moment neben dem, durch die Consenserklärung erfolgten Vertragsabschluss keine Bedeutung für die Miethe und ihre Rechtsbeständigkeit beimisst. Nach dem Hamburger Stadtrecht von 1292 und 1497[76]) kann der Vermiether sich von seiner Verbindlichkeit, den Miether in dem ihm vermietheten Hause wohnen zu lassen, dadurch freimachen, dass er diesem als Entschädigung den Betrag der vollen Miethe auszahlt, welchen jener ihm zu zahlen gehabt hätte, wäre der Vertrag bestehen geblieben. Dass diese Befugniss zum willkürlichen einseitigen Widerruf des Miethsvertrages, wenngleich nur in Gestalt einer Ablösung des Miethsrechts sich in Hamburg und zwar noch in seinem jüngeren Rechte von 1497 statuirt findet, ist insofern bemerkenswerth, als die der Miethe ursprünglich eigene prekäre Natur selbst dann noch nicht völlig überwunden war, nachdem dort im Wege des Gewohnheitsrechts, wie wir gesehen haben, der Satz „Kauf bricht nicht Miethe“ zur Geltung gelangt war. Der Miether hatte dadurch freilich die Möglichkeit erlangt, sich dem Käufer des vermietheten Grundstücks gegenüber so lange in der Detention desselben zu behaupten, bis ihm entweder vom Verkäufer oder vom Käufer die für den einseitigen Rücktritt vom Vertrage zu leistende Entschädigung gezahlt war.[77])

---

[75]) S oben S. 163 Note 71.

[76]) St.-R. 1292. c. XXIX: Wil — de id eme uorhured heft, en dar nicht invaren laten, edder der nicht bruken laten, alze he id eme uorhured heft, so schal he de uullen hure, dar he id eme vmme uorhured hadde, gheuen deme ghenen, deme he id hadde uorhuret. St.-R. 1497. G. XVI.

[77]) Die Langenbecksche Glosse fährt an der oben S. 145 Note 19 von uns angeführten Stelle zum Hamb. St.-R. 1497 G. XIV in unmittelbarem Anschluss an die Worte: „hur gheyt vor, sick al wert dat ghudt vorkofft, so muth de koper de hur dulden“ also fort: „Id en were dat he, edder de yd vorkoffte, wolde de hur beleggen, dar mede mach me vorwyszen den de ghehuret hefft, so hyrna schynet art. XVI.“

In den vorstehend genannten Rechtsquellen wird der Rücktritt vom Vertrage dem einen oder dem andern Contrahenten, insbesondere aber dem Vermiether schlechthin gestattet und nur durch eine, je nach den Umständen höher oder niedriger bemessene Entschädigungsverpflichtung in gewisse Grenzen eingeschränkt. Wir finden dann aber weiter in andern Rechten unterschiedliche Fälle aufgeführt, in denen die einseitige Aufhebung des Mieths- oder Pachtvertrages um deshalb freigegeben wird, weil bestimmte, in den persönlichen Verhältnissen der Vertragsschliessenden beruhende Gründe den Rücktritt vom Vertrage für den einen oder andern Theil erwünscht machen.

Zunächst ist hier die mit einer entsprechenden Vorschrift des Römischen und Kanonischen Rechts[78]) übereinstimmende Bestimmung zu nennen, dass der Grundeigenthümer vom Miether oder Pächter die vorzeitige Räumung des vermietheten Hauses oder Pachtgutes fordern darf, wenn er zu behaupten und auf Erfordern auch zu beweisen vermag, dass er dasselbe zu seiner eigenen Unterkunft bedarf.[79]) Wo in diesem Falle

---

[78]) l. 3 c. loc. 4, 65. c. 3 X de loc. 3, 18.

[79]) Ofener Stadtr. (Michnay u. Lichner, Pressburg 1845) 387. S. ferner das Norwegische Landslög VII, 1: — En ef landzdrotten verdr buslitz mathr oc vil fara til iardar sinnar theirrar sem han hefir ader adrum bygt, tha scal hann weysa iord sina af hinum er adr hefir leigt einni ardar leigu. oc segi honnum til firir nottena haelgu at hann er buslitz mathr oc sanne that med eidi sinnum ef leiglendingr mistruir hann (wenn der Landherr wird ein wohnungsloser Mann und will fahren zu seiner Erde, welche er hat vorher einem Andern verpachtet, so soll er lösen seine Erde von jenem, der vorher sie gepachtet hat, durch den Pachtzins einer Pflugzeit und jenem zuvor zu Weihnachten das ansagen, dass er ein wohnungsloser Mann sei, und beweise dies durch seinen Eid, wenn der Pächter ihm misstrauet). Cout. de la ville de Bragerac (Bourdot de Richebourg, Cout. génér. IV, p. 1030) c. XX: — si quis burgensis conducat aliquam domum ad certum tempus et durante dicto tempore seu termino dicta domus sit necessaria evidenter dicto domino burgensi pro mansione sua, dum tamen aliam domum dictus burgensis non habeat, in qua secundum statum suum et facultatem suam commode mansionem facere possit, quod dictus burgensis durante dicto termino a mansionario dicta(o) domus conductae dictam domum recuperare possit et conductorem exinde expellere pro mansione sua, et hoc totiens quotiens dicta necessitas emergat, et super his stabitur dicto burgensi et credetur per suum proprium juramentum, nisi forte dictus mansionarius de contrario docere valeat summarie et de plano (die Redaction

nach dem betreffenden Landesrecht vom Grundherrn eine Entschädigung zu zahlen war, konnte dies an der Thatsache, dass der geschlossene Vertrag durch des Vermiethers oder Verpächters einseitigen Widerruf durchaus aufgehoben und in allen seinen Wirkungen beseitigt ward, um so weniger etwas ändern, als dieselbe viel zu niedrig normirt war, um etwa als Ausgleich des vollen Interesses des zum Abziehen gezwungenen Pächters oder Miethers gelten zu können.[80])

Uebrigens wurde dem in älterer Zeit anscheinend allgemein als Grund zur einseitigen Auflösung des Vertrages geltenden eigenen Wohnungsbedürfniss des Vermiethers diese Bedeutung später in einzelnen Rechten abgesprochen, als diese in bewusstem Gegensatz zu der anderweitig geltenden Zerbrechlichkeit des Miethsvertrages der in ihnen gewohnheitsrechtlich entwickelten grösseren Rechtsbeständigkeit des Vertragsverhältnisses zwischen Miether und Vermiether den gesetzlichen Ausdruck gaben.[81])

Der eben genannten Rücktrittsbefugniss des Vermiethers einigermassen analog wird in manchen Rechten[82]) dem Miether erlaubt, vom Miethsvertrage seinerseits in dem Falle abzugehen, ohne für die noch restirende Zeit zur Zahlung der Miethe verbunden zu sein, wenn sein Interesse an Benutzung der von ihm gemietheten Wohnung um deswillen fortgefallen

---

dieser Coutumes der in Westfrankreich an der Dordogne gelegenen Stadt Bergerac fällt in das Jahr 1322 und wird dem Prinzen Eduard, nachmaligem Könige Eduard III. von England zugeschrieben). Vgl. ferner Cout. de Limoges (a. a. O. IV, p. 1152) XXXVI. a. E. Cout. de Bayonne (a. a. O. IV p. 949) tit. VII. 12, Cout. de Labourt (a. a. O. IV, p. 970), tit. VII, 1. 2.

[80]) S. die in der vorigen Note aus dem Altnorwegischen R. citirte Stelle.

[81]) Züricher Rathserkenntniss v. 1487 vgl. mit consuet. Tolosae v. 1283, Rubr. de loc. et cond. nr. 4 (Bourdot de Richeb. IV, p. 1050—1051).

[82]) S. das, eine auszugsweise Bearbeitung der Assises de Jérusalem (Ch' el libro e tratto da l'Assise) darstellende Rechtsbuch bei Canciani leg. barb. II, p. 565. XL: — se colui che tien alcuna casa affito con termine la vora lassar avanti el termino lo puo fare — se li pervien alcuna casa ò sel si marida con donna che na casa, ol sel compra casa (Wenn derjenige, der inne hat ein Haus, das er bis zu einem Termin gemiethet hat, es verlassen will vor dem Termin, so kann er es thun — wenn ihm zufällt ein Haus, oder wenn er eine Frau heirathet, die ein Haus hat oder ein Haus erwirbt). Vgl. Abrégé I, ch. 69 (de Jérusal. Beugnot II, p. 290).

ist, weil er vor Ablauf des Miethsvertrages selbst ein Haus eigenthümlich erwarb. Dass dieser Rücktrittsgrund ursprünglich häufiger geltend gemacht werden durfte als späterhin, wo die prekären Momente der Miethe mehr und mehr verschwanden, lässt sich aus einer Stelle des in das vierzehnte Jahrhundert fallenden Brünner Schöffenbuchs[83]) entnehmen; derselbe findet sich aber auch noch in Rechtsquellen aus neuerer Zeit vor.[84]) In dieselbe Kategorie derartiger, lediglich auf eine Aenderung in den persönlichen Verhältnissen des Miethers zurückzuführender Gründe zum einseitigen Aufheben der Miethe fallen ausserdem einige, in einzelnen französischen Rechtsquellen[85]) des Mittelalters aufgezählte Thatsachen. So darf der Miether zurücktreten, wenn er auswandert, beziehungsweise gezwungen wird, die Heimath zu verlassen; wenn er sich an einem Kreuzzuge zu betheiligen oder in ein Kloster zu gehen beabsichtigt.

Um die Zerbrechlichkeit der Miethe und Pacht in ihrer Bedeutung für die prekäre Natur des sie begründenden Vertrages vollkommen zu verstehen und zu würdigen, ist endlich hier noch die Thatsache nicht unberücksichtigt zu lassen, dass ebensowenig wie nach Römischem Rechte[86]) die Vererblichkeit der aus dem Mieths- und Pachtvertrage entspringenden gegen-

---

[83]) 139. Domum inquilinus vel commodum in domo hospitis conveniens, si ante terminum conventionis propriam domum emerit, propter hoc sine hospitis licentia, nisi censu pleno soluto a commodo convento non exibit.

[84]) Bluntschli, Staats- und Rechtsgesch. von Zürich II, S. 270—272 (2. Aufl.).

[85]) Assises de Jérusalem (Ausgabe des Grafen Beugnot im Recueil des Historiens des croisades) II. Assis. de la court des bourgeois ch. XCIV. XCV, vergl. mit dem italienischen Text bei Canciani leg. barbar. II. La bassa corte LXXXVI. Der Miether kann zurücktreten, wenn er über See gehen will (sel — volesse passare oltra mare) oder wenn er verurtheilt wird, ausser Landes zu gehen (— vien condemnato de andar fora de la terra). Cout. de Limoges (Bourdot de Richebourg a. a. O. IV, p. 1152) XXXVI: — consuetudo est quia conductores domorum domos conductas non possunt dimittere usque ad terminum conductionis, nisi hoc faciant pro transfretando in subsidium terrae sanctae vel pro intrando religionem.

[86]) l. 60 § 1 D. loc. 19, 2 (Labeo) Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 202.

seitigen contractlichen Ansprüche und Verpflichtungen in den älteren deutschen und germanischen Rechten nicht durchaus immer noch überall anerkannt gewesen ist.

Bei der Pacht freilich wird sich nicht bestreiten lassen, dass für die Statuirung ihrer Unvererblichkeit auf Seiten des Verpächters, wenn nicht überhaupt, so doch überall da, wo eine Veräusserungsbeschränkung des Grundeigenthümers zu Gunsten beispruchsberechtigter Erben Geltung hatte, die Erwägung mit bestimmend gewesen ist, dass die Verpachtung von Grundstücken als eine Unterart der Veräusserung anzusehen sei, und daher die Erben des Verpächters, wofern sie derselben nicht beigetreten waren, nicht verpflichte.[87]) Wo diese Auffassung der Pacht massgebend war, erscheint der Nichtübergang derselben auf die Erben des Verpächters, namentlich in jenen Rechtsgebieten gerechtfertigt, wo die gerichtliche Auflassung die regelmässige, wenn auch nicht immer[88]) durchaus nothwendige Form für die Uebertragung des Eigenthums unbeweglicher Sachen war. Da nämlich, wie oben gezeigt wurde, Verpachtungen regelmässig nicht im Wege der Auflassung vollzogen wurden, vermochten diese sich der Kenntnissnahme der beispruchsberechtigten Erben ungleich leichter zu entziehen als Veräusserungen zum Zweck dauernder Eigenthumsüberlassung.

Hiervon abgesehen, kann es andrerseits keinem Zweifel unterliegen, dass in manchen Rechten die Nichtvererblichkeit bei der Pacht ebensowohl wie bei der Miethe auf einem allgemeineren, von der Dispositionsbeschränkung des Grundeigen-

---

[87]) Sachsenspiegel L.-R. III, 77 § 1: — wende he is in nicht lenger geweren ne mochte, wen di wile dat he levede. Gl. hierzu (Homeyer). In welkem gude die vormider bedarf siner evven willen u. vulbort, oft he dat verkoffte, dar bedarf he ok eres willen, oft he dat dede umme bescheit. — Wente met de vormidinge mochte man den erven er egen also vaste entfernen alse met vorkopende. Vergl. Schwäb. L.-R. (Lassberg) 150. Bair. L.-R. c. 160. Levis, Success. der Erben S. 131, 132.

[88]) S. Laband, Vermögensrechtl. Kl. S. 235; Stobbe, Heusler, das deutsche R. II, 1 S. 168, 169. Derselbe in v. Iherings Jahrb. XII (1871) S. 166 ff. Bülowius: utrum ad dom. rer. immob. transfer. sec. jus Saxon. medii aevi resignatione solemni in judicio opus fuerit nec ne Regim. 1870 p. 21, 22 ff.

thümers seinem Erben gegenüber unabhängigen, juristischen Gedanken beruhte, der sich wiederum nur aus der, diesen Rechtsverhältnissen überhaupt eigenen, in älterer Zeit schärfer als in der späteren Entwicklung zu Tage tretenden prekären Eigenthümlichkeit erklären lässt.

Nach dem älteren norwegischen Recht [89]) wird der Pachtvertrag nicht bloss durch den Tod des Verpächters, sondern ebenso auch in Folge des Ablebens des Pächters gebrochen. Wenn dasselbe weiter verordnet, dass im Falle des Absterbens eines oder des andern der Contrahenten je nach Umständen der Pächter oder dessen Erben das gepachtete Grundstück noch Ein Wirthschaftsjahr (Eine Pflugzeit) nach dem eingetretenen Todesfall behalten dürfen, so ist dies nicht mehr auf den an sich aufgehobenen Pachtvertrag zurückzuführen. Es beruht auf dem bereits oben von uns gewürdigten Princip des germanischen Rechts, dass derjenige, der die Bestellungsarbeiten auf einem Grundstück verrichtet hat, beziehungsweise seine Erben, die hierdurch vorbereiteten Früchte zu beanspruchen haben.

Die gleiche, auf Seiten beider Contrahenten Platz greifende Vererblichkeit der Miethe und Pacht galt ferner anscheinend allgemein im älteren niederländischen Recht und erhielt sich, ebenso wie dies in der Schweiz [90]) der Fall war, an einigen Orten selbst noch in späterer Zeit. Ausser einer Stelle im

---

[89]) Gulathingsges. 79: — ef annarr theirra deyr. tha er leigumale theirra rovenn, tha scal aptr reida fe that er ulanaut er (Stirbt einer von diesen, so wird der Pachtvertrag gebrochen (und) soll erstattet werden das Geld, das noch unbezahlt ist (vergl. Iarnsida, Landabrigtha-B. c. XVII). Frostathingsges. XIII, 1. (Hier wird nur insofern eine Ausnahme von der Nichtvererblichkeit der Pacht zu Gunsten des Erben des Pächters gemacht, als bei erfolgter Vorausbezahlung des ganzen Pachtzinses durch den verstorbenen Pächter, die ersteren die ganze vertragsmässige Zeit über auf dem Pachtgute bleiben können.) Landslög. VII, 1: — ef landzdrotten andazt, tha scal leiglendinger hafa eina ord sidan, thoat almargar se teknar. [Enn ef leiglendinger andazt, tha hafi arfi eina ord sidan, thoa almargar vaeri teknar.] (Wenn der Landherr stirbt, dann soll der Pächter behalten noch eine Pflugzeit, obgleich er mehrere pachtete. Und wenn der Pächter stirbt, dann behalten die Erben noch eine Pflugzeit, obgleich mehrere gepachtet waren.)

[90]) Bluntschli, Staats- u. R.-Gesch. v. Zürich II, S. 270 (2. Aufl.)

Stadtrecht von Brüssel,[91]) welche das Fortbestehen der Nichtvererblichkeit der Miethe und Pacht an einzelnen Plätzen ausdrücklich besagt, ergiebt deren frühere allgemeinere Verbreitung in Flandern und Brabant der in zahlreichen dortigen Stadtrechten des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts wiederholte, in Form eines Rechtssprichwortes eingekleidete Satz: sterfdach en breckt gheene huere.[92]) Derselbe erhält nur dann Sinn und Bedeutung, wenn man annimmt, dass früher das entgegengesetzte, die Zerbrechlichkeit des Miethvertrages beim Todesfall des einen oder andern Contrahenten involvirende Princip gegolten hat. Demnächst machte vielleicht das eindringende Römische Recht und der hierin später anerkannte Uebergang der locatio conductio auf die beiderseitigen[92a]) Erben der Vertragsschliessenden seinen Einfluss geltend. Oder aber, was noch wahrscheinlicher, die Zerbrechlichkeit der Miethe und Pacht hatte, wie überhaupt, so auch beim Ableben der Paciscenten und bei dem dadurch eintretenden Personenwechsel mehr und mehr der Auffassung des Mieth- und Pachtvertrages als eines festverbindlichen Contracts weichen müssen. Um deswillen mochte es geboten erscheinen, den inzwischen entwickelten neuen Rechtssatz in die neu redigirten Stadtrechte aufzunehmen und darin in möglichst prägnanter, den Gegensatz

---

[91]) Costuymen der stadt van Brussel (Jean Babtiste Christyn Brabandt's Recht etc., Antwerpen 1682 I) art. 116: Alle Huerigen van Huysen, Hoven, Landen — ende andere Erven ligghende ter Stads-rechte van Brussel — moeten aldaer stadt grijpen — sonder dat de voorsz. Hueringen cesseren oft te niet sijn door'tverkoop oft Alienatie der verhuerde goeden; oft andersints expireren ende van onwerden sijn naer het overlijden van d'eene oft van d'ander Partye ghelick in sommighe plaetsen gheuseert wort: maer moeten d'Erfgenamen soo van den verhuerder als Huerlingh, succederen in de vorschrevenen Hueringhe etc.

[92]) S. z. B. Stadtrecht von Mecheln von 1535 tit. 8, art. 1 (s. die folg. Note), Costuym. der stadt van Lowen (Löwen) CXI nr. 1 (Christyn a. a. O. I, p. 17), Cost. der stadt van Lyere tit. VII nr. 1 (ders. I, p. 604), Cost. der stadt Bergen op ten toom tit. 13 (das. II, p. 783), Cost. der stadt van's Hertogenbostche (Herzogenbusch) CXIV, *1 (das. II, p. 896), Cost. van Reyssel art. 62 (das. II, p. 1029), Cost. der Voogtdye van Moll art. 139 (ders. II, p. 1255).

[92a]) l. 10. C. loc. cond. (4,65) § 6. J loc. cond. 3,24 (25).

zum früheren Recht kenntlich machender Weise zum Ausdruck zu bringen.[93])

Einzelne der späteren niederländischen Coutumes lassen überdies[94]) den Uebergang von dem älteren zum neueren Rechte insofern noch deutlich erkennen, als sie zwar auf Seiten des Vermiethers und Verpächters den Uebergang der Miethe und Pacht auf die Erben statuiren, den Erben des Miethers und Pächters dagegen die Wahl geben, ob sie die Miethe oder Pacht bis zu Ende der stipulirten Vertragszeit aushalten oder sie aufgeben wollen.

§ 6.

Wenden wir nunmehr die über die Zerbrechlichkeit von Miethe und Pacht im Allgemeinen gewonnene Erkenntniss auf den speziellen Fall der Eventualität eines Verkaufs oder einer sonstigen Veräusserung des vermietheten oder verpachteten Grundstücks an. Versuchen wir es, daraus die verschiedenartige Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Miether und Pächter einer- und dem dritten Erwerber der Mieths- oder Pachtsache andererseits in den Rechten des Mittelalters zu entwickeln und verständlich zu machen. Es kommen hier vorweg diejenigen Rechte in Betracht, welche den Verkauf wie die anderweitige Veräusserung des Mieths- oder Pachtobjekts als einen Grund für den einseitigen Rücktritt des Vermiethers oder Verpächters vom Vertrage hinstellen. Diesen Standpunkt vertreten namentlich einige französische Rechtsquellen, welche in dieser Hinsicht eine vom Vermiether beabsichtigte Veräusserung des vermietheten Grundstücks juristisch durchaus gleichartig behandeln mit den andern oben von uns angeführten, in den persönlichen Umständen des einen oder andern Contrahenten

---

[93]) P. Christianei comment. in leg. municipal. (Mechlinienses), Antwerp. 1642 tit. 8 art. 1 nr. 12: „Verba sterfdaghen breckt gheen huere,“ id est: Mors locationem non solvit; addita sunt, quia in multis locis observatur contrarium.

[94]) Cost. des Dorps van Casterle tit. VII, 1 (Christyn a. a. O. I, S. 743): — den sterf dach des verhuerders en breckt gheene huere voor den huerlinck, maer als den huerlinck sterft, oft overlijdt, soo hebben sijne erfgenamen keuse, oft sy willen af staen mette huere daer inne den huerlinck overleden is, oft totten eynde vande volle hueringhe ofte, pachte etc.

beruhenden Gründen zur einseitigen Aufhebung des Vertrages, insbesondere mit der dem Miether wegen eintretenden eigenen Wohnungsbedürfnisses gestatteten Rücktrittsbefugniss.[95])

Dass dieselbe Auffassung aber auch einigen deutschen Rechtsquellen nicht fremd war, ersehen wir aus der, freilich erst im sechzehnten Jahrhundert aufgezeichneten, jedoch, soweit sie hier interessirt, vom Einfluss des Römischen Rechts durchaus unberührt gebliebenen Verordnung des Hadelerschen Landgerichts,[96]) welche den Satz „Kauf treibt Heuer auf" in der Weise versteht und auslegt, dass nicht sowohl erst der Käufer den Pächter austreiben darf, sondern schon der Verkäufer durch den Verkauf der Verpflichtung zum Aushalten

---

[95]) Assises de Jérusalem (Ausg. des Grafen Beugnot) II As. de la court des bourgeois ch. XCIV. XCV. (vergl. mit dem italienisch. Text bei Canciani a. a. O. La bassa corte LXXXVI) — der Vermiether darf den Miethsvertrag nicht auflösen, es sei denn, dass er das vermiethete Haus verkauft, nei, se il voulist vendre sa maison. Hierauf schliessen sich unmittelbar die oben S. 168 Note 85 angegebenen Gründe für den einseitigen Rücktritt des Miethers an. S. ferner die oben S. 167 Note 82 genannte Bearbeitung dieses Rechtsbuches Canciani a. a. O. II, p. 565 XL. Die hier für den einseitigen Rücktritt des Vermiethers aufgezählten Gründe sind: la prima causa è per venderla; la seconda per darla in dotte; la terza sel patron habitasse fuor de la terra et ritornasse à la terra — ben può recuperarla se non hà altra casa à stantiare. vgl. Abrégé I ch. 68 (Beugnot II p. 290). Cout. de Limoges XXXVI. Nachdem hier die oben S. 168 Note 85 aufgezählten Gründe für den Rücktritt des Miethers angegeben sind, heisst es: locatores autem domorum non possunt transferre conductorem infra terminum conductionis, nisi eas vendiderint seu assensaverint (als Zinsgut austhun) vel filiae suae in dotem dederint. Cout. de Bayonne tit. VII, 1. Le locateur qui a loué maison pour un an, ou autre temps non perpetuel, ne peut mettre dehors le conducteur avant le terme de la location finy. 2. Si non que le dit locateur mesmes avec sa famille et mesnage voulust demeurer en la maison louée, ou qu'il la vendist à autruy, ou la donnat en faveur de mariage à son fils ou fille etc.

[96]) tit. XVI (Pufendorf, Obs. I, App. S. 22.) Da einer ein Gut, das zur Heuer ausgethan, verkauffte, ist der Verkäufer dem Heuerling die Zeit zu halten nicht schuldig, nachdemmahl Kauf heuer auftreibe. — Da aber einer den Acker, den er zur Heuer ausgethan, verkauffte und der Heuerling Garde darein hette und vom Acker treten müste, ehe er die Garde dar ausgebauet, sol man die Garde dem Heuermann nach Landrecht aufrichten und bezahlen.

des Pachtvertrages überhoben wird. Ebenso wie in den andern Fällen, wo der einseitige Rücktritt vom Vertrage gestattet war, erfolgte auch hier die Aufhebung der Miethe oder Pacht nicht nur mit der Wirkung, dass der verkaufende Vermiether oder Verpächter von der Naturalerfüllung des Vertrages durch Fortgewährung des Gebrauches und der Nutzung des Mieths- oder Pachtobjekts frei ward, vielmehr wurde der Vertrag überhaupt beseitigt, ohne dass etwa eine Gewährung des Interesse in Gelde von Seiten des zurücktretenden Vermiethers und Verkäufers stattzufinden hatte. Der in der genannten Verordnung des Hadelerschen Landgerichts in Uebereinstimmung mit dem Dithmarser und den diesem verwandten Rechten [97]) für den Fall seines Abtreibens beim Verkaufe des Gutes dem Heuersmann zugebilligte Anspruch auf Ersatz des von ihm darin verwandten Düngers und der dadurch hervorgebrachten Dungkraft (Gare, Garde), [98]) deren Nutzung ihm durch die Austreibung entzogen wird, ist wiederum nicht als Ausfluss des vordem bestandenen Pachtvertrages anzusehen. Sein Grund ist darin zu finden, dass in den mittelalterlichen Quellen die auf ein Grundstück verwandte Bestellungsarbeit nicht immer einen selbständigen dinglichen Anspruch auf die dadurch vorbereiteten Früchte, sondern bisweilen auch nur ein Forderungsrecht auf Erstattung der entgangenen Fruchtziehung, [99]) oder aber, wie hier, auf Ersatz der zur Vorbereitung derselben gemachten Aufwendungen und der dadurch hervorgebrachten Dungkraft des Bodens erzeugte.

In den angeführten ausserdeutschen Rechtsquellen ist von der Verpflichtung des zurücktretenden Verkäufers und Vermiethers zur Leistung des Interesse an den Miether ebenfalls keine Rede. Höchstens kann derselbe die für die Zeit vor dem stattgehabten Verkaufe bereits von ihm gezahlte Miethe erstattet verlangen und wird, wenn er überhaupt noch nichts

---

[97]) L.-R. 1539 CIV § 1, CIV § 1. Neumünstersche Kirchspielsgebr. Art. 43. Stadtr. von Grabow (Böhlau, Zeitschr. für R.-Gesch. X S. 129 no. 5.)

[98]) Michelsen in seiner Ausgabe des Dithmarser Landr. S. 294.

[99]) Sachsensp. L.-R. III, 77 § 2. Stobbe, Beitr. zur Gesch. des deutsch. R. (1855) S. 67.

bezahlt hat, der Verpflichtung zur Zahlung des Miethszinses gänzlich überhoben.[100])

Eine verhältnissmässig schon grössere Festigkeit erlangten Miethe und Pacht in denjenigen Rechten, welche zwar ebenso wie die bis jetzt besprochenen Quellen den Bruch des Vertrages zufolge Verkaufs der vermietheten oder verpachteten Liegenschaft statuiren, das Abtreiben des Miethers oder Pächters jedoch nicht mehr dem Verkäufer vermöge des diesem offengelassenen Rücktritts gestatten, sondern dies dem Käufer überlassen. Ausser einigen Rechtsquellen, deren wir weiterhin zu gedenken haben werden, und welche die Befugniss, vom Miether oder Pächter die vorzeitige Räumung der von ihm detinirten Grundstücke zu verlangen, dem Käufer erst nach Ablauf einer gewissen Kündigungs- und Abzugsfrist erlauben, weist z. B. das Eisenacher Rechtsbuch eine derartige Behandlung der einschlagenden Rechtsverhältnisse auf. Dort heisst es: „der kouf tued di mite abe — Abir noch lantrechte: wolde en der abetribin, der es gekofft had“ u. s. w.[101]) Desgleichen ist hier das Dithmarser Landrecht von 1539[102]) zu nennen, worin die Abtreibungsbefugniss richtiger wohl ebenfalls auf den Käufer als auf den verkaufenden Verpächter zu beziehen sein möchte. Ohne dass sich dies für die ältere Zeit näher feststellen liesse, muss man annehmen, dass nach diesen Rechten, ähnlich wie im Römischen Recht der Mieths- und Pachtvertrag an und

[100]) Cout. de Bayonne tit. VII. 4 — si le locateur met dehors le conducteur avant le terme, le conducteur ne paye rien pour raison du temps, qu'il y a demeuré auparavant. 5. Et s'il avait payé au commencement, luy est rendu par le locateur, pour raison du temps qu'il s'eu faut du louage. Cout. de Labourt tit. VII, no. 3.

[101]) S. oben S. 141 Note 9.

[102]) CIV § 1.: De gönne, de den acker to der hüre dan hadde, vorköffte den acker, vnde de ene to hüre hadde, de hadde dar gare vppe, vnde worde em benamen, er dat he de gare vte buwet hadde, so schalme de gare dem hüreman vprichte u. s. w. Vergl. Neumünstersche Kirchspielsgebr. 43.: Verkaufte einer ein Gut, darauf der Heuerling gesessen, so ist der Käuffer nicht schuldig, dem Heuerling die Zeit zu halten — denn freyer Kauf treibet Heuer auf, ob auch des Hauses Herr Acker verheuert, und er verkauffte denselben vor Verfliessung der Heuer-Zeit, der Heuerling aber hätte Mist darin und er musste davon ehe er den Mist ausgebauet hätte, so soll dem Heuermann der Mist bezahlet werden.

für sich bestehen blieb, so dass selbst die Detentionsbefugniss des Miethers und Pächters so lange fortdauerte, bis der neue Grundeigenthümer die Räumung desselben vom Miether oder Pächter forderte. Eine Verpflichtung des Vermiethers und Verpächters zur Vergütung des Interesse an den zur vorzeitigen Räumung vom Käufer gezwungen Miether oder Pächter scheint jedoch selbst hier nicht immer eingetreten zu sein. Wenigstens das Dithmarser Recht und die ihm verwandten Rechte sprechen dem Heuersmann, dem der Käufer das Pachtgut nimmt, nur den oben von uns erörterten, von seinem Pachtrechte unabhängigen Anspruch auf Erstattung gewisser Aufwendungen[103]) zu, ohne dass klar erhellt, ob zur Vergütung desselben der frühere oder der neue Grundeigenthümer verbunden war.

Die Zerbrechlichkeit der Miethe und Pacht mit Rücksicht auf die Eventualität einer Veräusserung des Mieths- oder Pachtgutes äusserte sich nach diesen Rechten, welche die Regel „Kauf bricht Miethe" auf die, zwar nicht dem Verkäufer, wohl aber dem Käufer gegebene Möglichkeit bezogen, die Detention des Miethers oder Pächters aufzuheben, in folgenden Momenten:

Der Vermiether oder Verpächter galt, seinem Miethsmanne oder Pächter gegenüber, so lange in der Disposition über sein Grundstück für beschränkt, als er dasselbe eigenthümlich besass. So blieb z. B. eine spätere Vermiethung oder Verpachtung desselben für die nämliche Zeit an einen zweiten Miether zu Gunsten eines älteren Miethsberechtigten ausgeschlossen.[104]) Hinwiderum galt derselbe, abweichend von den sonst im älteren deutschen und germanischen Rechte bei Verträgen, welche auf Ueberlassung von Grundstücken gerichtet sind, geltenden Grundsätzen, durch den mit dem Miether oder Pächter eingegangenen Vertrag nicht auch dahin für gebunden und eingeschränkt, dass er über sein Grundstück zu Gunsten eines dritten Eigenthümers nicht frei und ohne Rücksicht auf ein bestehendes älteres Mieths- oder Pachtrecht hätte verfügen können. Der auf Eigenthumsübertragung gerich-

---

[103]) S. oben S. 174 Note 97.

[104]) S. oben S. 139 Note 2.

tete Vertrag hatte hier die Wirkung, dass, ebensowenig wie ein abermaliger Verkauf desselben Grundstücks an einen zweiten späteren Käufer nicht unanfechtbar vorgenommen werden durfte, umgekehrt auch ein früher an dem betreffenden Grundstück eingeräumtes Mieths- oder Pachtrecht, obschon es älter vor, als der vertragsmässige Anspruch des Käufers, von letzterem angefochten werden konnte. War ja doch die auf Einräumung der Miethe oder Pacht gerichtete Disposition des Vermiethers oder Verpächters durch den Verkauf hinfällig geworden.[105])

An dieser Stelle ist es angezeigt, die Frage aufzuwerfen, ob schon der blosse Kaufabschluss oder erst der, durch Besitzübergabe oder Auflassung vollzogene Kauf dem Käufer das Recht gab, den Miether und Pächter abzutreiben. Bekanntlich behauptete die ältere Theorie des gemeinen Rechts seit den Zeiten der Glossatoren[106]) bis auf Glück,[107]) der noch jener Ansicht huldigte, dass schon der Kaufvertrag, nicht erst der Eigenthumserwerb dem Singularsuccessor des Vermiethers oder Verpächters das Recht zur Austreibung des Miethers oder Pächters gab. So verkehrt diese Meinung, das Römische und heutige gemeine Recht anlangend auch war, so begründet erscheint dieselbe vom Standpunkte des älteren deutschen und germanischen Rechts aus. Hiernach muss in allen den Fällen, wo zwei oder mehrere Contrahenten aus dem Willen des nämlichen Rechtsurhebers Vertragsrechte auf Ueberlassung einer und derselben unbeweglichen Sache herleiten, derjenige von ihnen zur Anfechtung des, seinem Rechte entgegenstehenden Vertragsrechts des Andern für befugt erachtet werden, welcher zu behaupten und zu erweisen vermag, dass die jenes constituirende Disposition des gemeinsamen Autors im Verhältniss zu ihm, dem Anfechtenden nicht zu Rechte bestehe, sei es, weil sie von vornherein ungültig war, oder in Folge eines bestimmten Ereignisses ihre rechtliche Wirksamkeit verloren hat.[108]) Auf den ersten Blick erscheint es befremdlich, dass in dem vor-

---

[105]) Gl. zu Sachsensp. L.-R. II, 59 § 1 — hedde he id — lenger scun hebben, des mag en jene de dar starf, edder die en dat verkofte nicht vortan geweren.

[106]) Gl. zu l. 9 C. loc. 4, 65.

[107]) Pandecten-Commentar Bd. 18 S. 25.

[108]) Laband, Vermögensrechtl. Kl. S. 259 ff. S. 278—279.

liegenden Falle eines Zusammentreffens von Kauf und Miethe nach denjenigen Rechten, welche den Kauf die Miethe brechen lassen, der die Miethe anfechtende Käufer das, der Zeit seiner Entstehung nach jüngere Vertragsrecht gegen die ältere Miethe soll geltend machen dürfen. Geht ja doch im Allgemeinen das ältere Vertragsrecht vor und zwar um deshalb, weil der Autor, dessen Disposition über dasselbe Grundstück dem einen Contrahenten gegenüber bereits gebunden ist, darüber nicht noch ein zweites Mal zu Gunsten eines andern gültig verfügen kann. Diese Thatsache kann jedoch die Anfechtungsbefugniss des Käufers nicht alteriren. Ist ja, wie oben gezeigt wurde, zufolge der Zerbrechlichkeit der Miethe und Pacht die, die Einräumung des Mieths- oder Pachtrechts enthaltende Disposition des Vermiethers oder Verpächters beim Eintritt des Verkaufes des Mieths- oder Pachtgegenstandes hinfällig geworden. Bei einem mehrfachen Verkaufe desselben Grundstücks hatte der ältere Käufer, um sein Anfechtungsrecht gegen einen zweiten späteren Käufer zu behaupten, im Allgemeinen nicht nöthig, neben seinem, durch Abschluss des Kaufvertrages erworbenen Vertragsrecht, sich auf Besitztradition oder Auflassung zu berufen. Erforderlich war dies allein nach jenen Rechten, welche die gerichtliche Auflassung oder die Eintragung des Eigenthums-Ueberganges unbedingt vorschrieben.[108a]) Ebensowenig aber ist anzunehmen, dass dort, wo der Kauf die Miethe brach, der Käufer zur wirksamen Anfechtung des ihm entgegenstehenden, wenngleich seinem Kauf zeitlich vorgehenden Mieths- oder Pachtrechts ausser seinem Vertragsrechte den auf ihn bereits vollzogenen Eigenthumsübergang durch Besitzübergabe oder Auflassung hätte nachweisen müssen. Die hier einschlagenden Quellen sprechen denn auch immer nur vom Kaufe, ohne irgend eine Andeutung darüber zu enthalten, dass darunter die durch Tradition oder Auflassung bereits vollzogene Veräusserung zu verstehen sei.[109]) Nach den allgemeinen, für die Entscheidung bei mehrfacher Veräusserung von unbeweglichen Sachen massgebenden Principien [110]), kann

---

[108a]) Laband a. a. O. S. 273. 274.

[109]) Vgl. z. B. Eisenacher R. C. III, 31 — der kouf tued di mite abe; Verder Stat. 12 — so ginge koep vor hure. —

[110]) S. oben S. 140.

es ferner hierbei keinen Unterschied gemacht haben, ob der Miether oder Pächter zur Zeit des Verkaufes des vermietheten oder verpachteten Gutes sich bereits in der Detention desselben befand oder nicht. Nur da freilich cessirte dies Anfechtungsrecht des Käufers, wo, wie wir dies in den Verdener Statuten [111]) verordnet gefunden haben, mit dem Vollzug der Miethe durch Uebergang der Detention auf den Miether der Satz „Kauf bricht Miethe" überhaupt ausser Anwendung trat, und die Miethe, ungeachtet der stattgefundenen Veräusserung, dem neuen Grundstückserwerber gegenüber zu Recht bestehen blieb.

Die höchste Stufe in der fortschreitenden Entwicklung der Miethe und Pacht von einem prekären, mehr oder weniger willkürlich wieder zu lösenden Rechtsverhältniss, zu einem fest verbindlichen Vertragsrecht erreicht die Gestaltung derselben in denjenigen Landesrechten, welche dem Satze „Kauf bricht nicht Miethe" folgen. Dem Mieths- und Pachtvertrage wird hier die Bedeutung beigelegt, dass durch Abschluss desselben der Vermiether und Verpächter zu Gunsten des andern Contrahenten die Möglichkeit, über das Mieths- und Pachtobjekt frei und uneingeschränkt zu verfügen, insoweit verliert, als er dasselbe nur noch, unbeschadet der davon dem Miether oder Pächter eingeräumten Gebrauchs- oder Nutzungsrechte, auf einen Dritten eigenthümlich zu übertragen, vermögend und im Stande ist.[112])

Ebenso wie in andern Fällen, in denen sich Jemand zur Abtretung einer individuell bestimmten unbeweglichen Sache gegen einen Andern verpflichtet, handelt es sich auch hier, wo die Einräumung von Mieths- und Pachtrechten an einem Grundstück durch dessen Eigenthümer die Wirkung hat, dass der Rechtsnachfolger desselben diese gegen sich gelten lassen muss, principiell um die Einschränkung der Verfügungsfreiheit auf Seiten des veräussernden Vermiethers und Verpächters und Anerkennung dieser in der Person seines Autors begründeten Thatsache von Seiten des neuen Erwerbers der Mieths- oder Pachtsache. Dagegen war der Gedanke, dass die durch den

---

[111]) S. oben S. 144.

[112]) Vergl. z. B. Brünner Schöffenrecht 139 — si — domum ante finem conventionis commodi inquilini vendiderit, propter hos inquilinum a commodo, quod convenit, excludere non valebit.

Mieths- oder Pachtvertrag begründeten Forderungsrechte gegen den Miether oder Pächter activ und passiv auf den neuen Grundeigenthümer übergehen, dem älteren deutschen und germanischen Recht ursprünglich noch fremd. Wenigstens kam dieser neben jenem, von uns betonten durchschlagenden Gesichtspunkt der beschränkten Dispositionsfreiheit des Grundeigenthümers erst in zweiter Linie in Frage. Es ergiebt sich dies unzweifelhaft aus dem Wortlaute einiger hier in Betracht kommenden Rechtsquellen. So braucht sich nach dem Rechtsbuche nach Distinctionen[113]) der Miether dem Käufer gegenüber lediglich auf die Thatsache zu berufen, dass ihm überhaupt ein Vertrag (ingedinge), aus dem er sein Recht auf Detention herleitet, und welches der Käufer ihm nicht zu brechen vermag, zur Seite stehe. Nirgends wird angedeutet, der Käufer sei in die obligatorischen, aus dem Miethsvertrage mit dem früheren Grundeigenthümer originirenden Verpflichtungen eingetreten. Und die von uns bereits mehrfach erwähnte Langenbeck'sche Glosse zum Hamburger Stadtrecht von 1492 spricht geradezu nur von einem Dulden der Miethe[114]) durch den Käufer. Freilich war dieses Dulden des, dem Miether oder Pächter eingeräumten Gebrauchs beziehungsweise der Nutzung der Mieths- oder Pachtsache von Seiten des Käufers immer abhängig von der an ihn, als Aequivalent zu leistenden Zahlung des Mieths- oder Pachtzinses. Aber auch dieser dem Käufer zustehende Anspruch auf den Mieths- oder Pachtzins ward anscheinend weniger als ein auf ihn vom Verkäufer übergegangenes, aus dem Mieths- oder Pachtvertrage entspringendes Forderungsrecht angesehen, sondern hat eher den Charakter einer Bedingung, von der der Fortbestand des Miethsoder Pachtrechts dem neuen Grundherrn gegenüber abhing. Dies war einfach eine Consequenz davon, dass die Einschränkung der Grundeigenthumsbefugnisse für den dritten Erwerber von keinem grösseren Umfange sein durfte, als sie zur Besitzzeit des Verkäufers gehabt hatte.[115])

---

[113]) II, 4 d. 5 vgl. mit II, 4 d. 2 das.

[114]) S. oben S. 145 Note 19.

[115]) Goslarer Stat. (Göschen) S. 21 Z. 39 ff. Rechtsb. nach Dist. a. a. O. Der is denne gekouft hette, der behalde sin eygen, ab her wel, und warte sines Zinses. Bremer Schöffenurth. Oelrichs S. 155. 156.

Nur vereinzelt finden wir, vornehmlich in Rechtsquellen aus späterer Zeit, eine Andeutung dahin ausgesprochen, dass der Singularsuccessor des Grundherrn ebenso wie sein Erbe in die gesammten contractlichen Verpflichtungen desselben dem Miether und Pächter gegenüber eintrete.[116])

Selbst diese Rechte aber, welche in der bezeichneten Weise dem Mieths- und Pachtvertrag entweder sofort mit dessen Abschluss oder erst mit Vollziehung desselben durch Erlangung der Detention der Miethssache seitens des Miethers die Bedeutung einer Dispositionsbeschränkung für den Grundeigenthümer beimassen, sind nicht frei geblieben von Reminiscenzen an die ursprüngliche Zerbrechlichkeit der Miethe und Pacht. In dieser Beziehung ist hier vorweg darauf hinzuweisen, dass einzelne Rechte, von denen ich hier nur das Billwärder[117]) Recht und das Stadtrecht von Leiden[118]) anführen will, gewissermassen den Uebergang bilden zwischen denjenigen Rechten, die bei der Veräusserung der Miethssache die Zerbrechlichkeit der Miethe schlechthin fortsetzen und solchen, welche sie in diesem Falle völlig ausschliessen. Nach diesen Rechten erscheint der veräussernde Vermiether oder Verpächter, beziehungsweise sein Successor im Eigenthum des betreffenden Grundstücks zwar auch in der Disposition über dasselbe zu Gunsten des Miethers und Pächters eingeschränkt, jedoch nur so weit, dass der neue Erwerber die Miethe oder Pacht noch eine gewisse Zeit lang nach dem stattgehabten Eigenthumswechsel zu dulden hat. Andererseits ist der Miether oder Pächter gehalten, die Detention des Mieth- oder Pachtguts nach

---

[116]) Jülichsch. Landr. v. 1537 art. XIV. 2 (Lacomblet, Archiv für die Gesch. des Niederrheins. Bd. I) — wan neir eyner syne Erffschafft zoo zemliche jären zo pacht uys dede, und verkouffde dairnae eyme anderen — dieselvyge Erffschafft, so sal der gelder schuldich syn, die pachtjaren deme pechter zo halden. vgl. das. XVI — sind die Erven schuldich die pachtjairen zo halden etc.

[117]) art. 65 — schuet he na der tyd, so mach men de hure bruken beth to deme anderen sunte Peter ad cathedram, s. oben S. 163 Note 71.

[118]) Keurboek der stad Leiden v. 1406 (Midde neuwsche keurboeken von de stad Leiden ed. Hamaker, Leiden 1873) I, 12 — wie enich huus huert binnen Leiden, wairt sake datt et binnen synre huer verkoft worde, die sollde sijn huer volghen een half jaer na de coop, also verre alst binnen sijnre huer wairt.

Ablauf der ihm gelassenen Räumungsfrist aufzugeben, ohne Rücksicht darauf, dass die zwischen ihm und dem Vermiether oder Verpächter contractlich ausbedungene Mieths- oder Pachtzeit ihr Ende noch nicht erreicht hat. In wie weit hier, wenigstens bei der Pacht,[119]) die Rücksicht auf den, dem seitherigen Pächter zukommenden, von seinen vertragsmässigen Ansprüchen unabhängigen Fruchterwerb mitgewirkt hat, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls wäre die Ausdehnung und analoge Uebertragung der dem Pächter gewährten Frist zur Räumung auf die Miethe kaum möglich gewesen, hätte, ausser etwaigen Billigkeitsrücksichten, nicht zugleich der Umstand seinen Einfluss geäussert, dass Miethe und Pacht im Laufe der Zeit ihre ursprünglich prekäre Natur mehr und mehr verloren und andern festverbindlichen Verträgen gleichartig gestaltet zu werden anfingen.

Sehen wir von diesen vereinzelt vorkommenden Erscheinungen ab, so zeigt sich die Thatsache der ursprünglich vorhandenen Zerbrechlichkeit von Miethe und Pacht selbst für diejenigen Rechte, welche den Satz „Kauf bricht nicht Miethe" enthalten, bedeutungsvoll. Sie vermag die Ursache der Erscheinung aufzuklären, woher es kommt, dass dieselben den allgemeinen Grundsatz von dem Vorzuge des älteren Vertrages auf den Fall der Collision eines älteren Mieths- oder Pachtrechts mit dem, einem späteren Käufer vom Vermiether oder Verpächter eingeräumten Vertragsrechte nicht ohne Weiteres anwenden, noch in unmittelbare Verbindung damit bringen.

Voraussetzung jenes allgemeinen Rechtsgrundsatzes von dem Vorgehen des älteren Vertrags ist die, durch denselben bewirkte Einschränkung des Grundeigenthümers in der Möglichkeit, über sein Grundstück zum Nachtheil des ersten und zum Vortheil eines zweiten Contrahenten zu verfügen.

Die Statuirung einer solchen Dispositionsbeschränkung auf Seiten des vermiethenden oder verpachtenden Grundeigenthümers mit Rücksicht auf eine mögliche Collision zwischen Miethe oder Pacht und einem nachfolgenden Verkauf des Miethsoder Pachtgutes war in Anbetracht der anfänglich prekären Natur der ersteren erst dann möglich, nachdem im Rechtsleben

---

[119]) S. die oben angeführten friesischen Rechtsquellen S. 141. 142.

die Anschauung ihrer vertragsmässigen Verbindlichkeit durchgedrungen und in höherem Masse, als dies früher der Fall war, zur Anerkennung gelangt war. Denn erst, als die Rechtsbeständigkeit des Mieths- und Pachtvertrages feststand, vermochten Miethe und Pacht dieselbe, die Verfügungsfreiheit des Grundeigenthümers einschränkende Wirksamkeit zu erlangen, die nach mittelalterlicher Rechtsanschauung allen festverbindlichen Verträgen eigen war, welche die Uebertragung des Eigenthums oder eines andern Rechts an einem individuell bestimmten Grundstücke bezweckten.

In dem, von uns mehrfach in Bezug genommenen altnorwegischen Landslög VII, 1 wird daher das Fortbestehen des Pachtrechts, ungeachtet einer stattfindenden Veräusserung des verpachteten Grundstücks, einfach als Folge der, für die ganze Dauer der erweislich ausbedungenen Pachtzeit geltenden Rechtsbeständigkeit des Pachtvertrages hingestellt. Letztere mit Rücksicht auf die Eventualität einer Veräusserung des Pachtgutes durch den Grundherrn gerade an dieser Stelle des Gesetzes hervorzuheben, mochte angezeigt erscheinen. Es bildet nämlich diese Bestimmung zu Gunsten der, in diesem Falle statuirten Verbindlichkeit des Pachtvertrages den Gegensatz zu den, unmittelbar hierauf sich anschliessenden beiden anderweiten Verordnungen des Gesetzgebers, in welchen wiederum der zerbrechliche Charakter der Pacht hervortritt. Die eine derselben enthält die Befugniss des Verpächters zum einseitigen Rücktritt vom Vertrage wegen vorliegenden eigenen Wohnungsbedürfnisses; [120]) die andere die Aufhebung desselben beim Todesfall des einen oder andern Contrahenten zufolge der Unvererblichkeit des Pachtverhältnisses. [121]) Ebenso charakteristisch ist es für den geschilderten historischen Entwickelungsgang der Miethe und Pacht, wenn in einer südfranzösischen Rechtsquelle, die hierin den Gegensatz bildet zu andern dortigen Rechten, in den Coutumes von Toulouse (consuetudines Tolosae) [122]) von 1283 bestimmt wird, dass ebenso-

---

[120]) S. oben S. 166 Note 79.

[121]) S. oben S. 170 Note 88.

[122]) Rubr. de loc. et cond. (Bourdot de Richelbourg a. a. O. IV. p. 1050. 1051) nr. 4. Est usus seu consuetudo Tolosae, quod si aliquis locaverit alicui domum, operatorium, casalem, vineam terram, seu

wenig, wie das eintretende eigene Wohnungsbedürfniss des Vermiethers und Verpächters, auch die von ihm vorzunehmende Veräusserung der vermietheten oder verpachteten Liegenschaften weder ihn noch seine Rechtsnachfolger befähigen, den Vertrag mit dem Miether oder Pächter vor Ablauf der stipulirten Zeit zu revociren.

Die gleiche, der anscheinend dort vordem in Geltung gewesenen Zerbrechlichkeit der Miethe entgegengesetzte, Verordnung findet sich in dem, von uns bereits in anderm Zusammenhange erwähnten Züricher Rathsschluss von 1487. Auch hierin wird des Ereignisses einer Veräusserung der Miethssache in Verbindung mit dem Vorhaben des Vermiethers, wegen eigenen Wohnungsmangels in die vermiethete Lokalität einzuziehen, gedacht und in einem wie im andern Falle die contractliche Festigkeit der Miethe gegenüber der sonst Platz greifenden Widerruflichkeit derselben betont.[123])

Hiernach dürfte es verständlich erscheinen, dass die Folgerung, es müsse die Miethe und Pacht um deswillen vor dem Rechte eines Käufers oder sonstigen dritten Erwerbers des vermietheten oder verpachteten Grundstückes den Vorzug haben, weil die erstere, verglichen mit dem letzteren das ältere Vertragsrecht darstellt, verhältnissmässig selten und spät in deutschen und ausserdeutschen Quellen mit ausdrücklichen Worten hervorgehoben wird.[124]) Was die sonstigen

---

aliquem alium honorem ad certum tempus quod locator per propriam mansionem vel per aliquod quod iste fecerit, post dictam collocationem sive sit venditio, impigneratio, donatio vel alienatio, vel aliquid aliud non potest ipse collator vel alius pro eo, vel ejus nomine revocare collocationem praedictam qoousque tempus collocationis sit finitum.

[123]) vff hütt haben sich mein herren beid Rät erkannt: von den hüser, keller vnd sölicher gemachten wegen, so man verlicht, also das mit welichen gedingen ouch was zyts vnd zilen yeman dem andernn söliche ob gemelte gemach licht, das ouch der so empfacht by sölichen gedingen zilen vnd zil bliben vnd Jm die also gelassen werden söllen, vngehindert ob die deren sy sind, söliche gemach verkouffen oder selbs dar in ziechen möchten, dannes nit des münder by der lichung die zil vnd zit, so einer empfangen hat, an allen abbruch bliben sol. (Bluntschli, Staats- u. Rechtsgesch. von Zürich II, S. 270, 2. Aufl.)

[124]) Goslarer Stat. (Göschen) S. 24 Z. 19 ff. — it ne si — de medinghe geschee — e r der sattinghe. Geldernsches L.-R.

Nachwirkungen der ursprünglich prekären Natur der Miethe und Pacht in denjenigen Rechten anbetrifft, welche den Kauf die Miethe nicht brechen lassen, so haben wir der Thatsache, bereits gedacht, dass nach einzelnen derselben, wie z. B. dem altnorwegischen Landslög[125]) bei eintretendem eigenem Wohnungsbedürfniss des Vermiethers oder Verpächters der Vertrag einseitig gelöst werden kann. Auch die in einigen Gegenden durch den Tod des einen oder andern der Contrahenten erfolgende Aufhebung desselben ist schon erwähnt.[125]) Angeführt wurde ferner auch die dem Hamburger Recht eigenthümliche, nicht sowohl dem veräussernden Vermiether, sondern auch dem Käufer eingeräumte Befugniss, ein bestehendes Miethsrecht durch Erlegung der vollen Miethe an den Miether abzulösen, welche dieser bei nicht erfolgter Vertragsauflösung zu zahlen gehabt hätte.[126])

Der Vollständigkeit wegen sei endlich hier noch auf eine, freilich nicht schon in Rechtsquellen des Mittelalters, wohl aber in solchen des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts aufgenommene Bestimmung hingewiesen, welche den niederländisch-holländischen Rechten angehört. Gegensätzlich zu andern Rechten,[127]) welche auch in diesen Fällen den späteren Kauf die ältere Miethe oder Pacht nicht brechen lassen, wird

---

(Maurenbrecher Rheinpreuss. L.-R. III) Thl. 4 tit. 4 § 1 nr. 6. 7. Alte Statut. von Arnsberg (erneuert 1608, Seiberts Urk.-B. zur Land- u. R.-Gesch. von Westphalen III nr. 1039) 24. Ist bynnen Arnssberg vber lebendiger menschen gedencken herbracht, das kein Burger den andern, es sey gleich was es will, vnderkeuffen oder vntervinnen, sondern wer der erste in Kauf oder etwas im nützlichen Gebrauch hatt, das derselbe dabei gelassen werden sol. (vgl. Stadtr. v. Brilon v. 1290 Nr. 4 ebendas. I No. 434.) Costuym. ende usantien der stadt van Thienen (Chrystyn, Brabandt's Recht etc. I) c. VIII Art. 15 — huere gaet vor koop, inder vuegen dat den kooper den huerlink niet en mach expelleren duerende sijne hueringhe, die hy te voren wettelijck gheduen hoeft. vgl. auch code civil Art. 1743 u. dazu Bauerband, Institut. des franz. R. S. 247.

[125]) S. oben S. 169. 170.

[126]) S. oben S. 165.

[127]) Goslar. Stat. S. 24 Z. 19 ff. R. C. nach Dist. II, 4 d. 18. Geldernsch. L.-R. Thl. 4 tit. 4. § 1 Nr. 67.

dort bisweilen [128]) verordnet: es solle bei einem nothwendigen Verkauf des vermietheten und verpachteten Grundstücks der Miether und Pächter dem Ersteher des subhastirten Gutes selbst dann nachstehen, wenn das Pfandrecht, dessentwegen der gerichtliche Verkauf stattfand, später entstand, als der Abschluss des Mieths- oder Pachtvertrages erfolgte. Jedoch ist hierbei zu beachten, dass der Miether und Pächter nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer gewissen Räumungsfrist dem neuen Grundeigenthümer zu weichen hatte.[129]) Der Mieths- und Pachtvertrag verlor demnach auch in diesem Falle nicht ohne Weiteres dem neuen Erwerber des versteigerten Grundstücks gegenüber seine Rechtsbeständigkeit. Die vertragsmässige Mieths- oder Pachtzeit brauchte nur nicht bis zu Ende ausgehalten zu werden, sondern wurde mehr oder weniger abgekürzt.

Nicht hierher gehört eine Erscheinung, die gerade denjenigen Rechten, welche die Miethe oder Pacht durch den Kauf nicht brechen lassen, insbesondere den nordischen [130]) wie einzelnen niederländisch-holländischen [131]) Quellen eigen ist. Ich meine das Verbot der Aftervermiethung oder Afterverpachtung ohne Zustimmung des Vermiethers oder Verpächters. Man könnte bei oberflächlicher Betrachtung desselben versucht sein, anzunehmen, die hierdurch dem Miether oder Pächter entzogene Befugniss, sein Mieths- und Pachtrecht auf einen andern zu übertragen, sei ebenfalls noch eine Nachwirkung der ursprünglich prekären

---

[128]) Stadtr. von Mecheln 1535 Tit. 8. Art. 1. 2. Stadtr. v. Brüssel Art. 117. Lantrecht van Overyssel (gedruckt 1630) Thl. II. Tit. IX Art. 3. koep of eenige andere alienatie en breeckt geen huyre. — Art. 4. Maer gebeuerde het dat een verhuyrt goet by executie verkoft worde, so gaet koop vor huyre.

[129]) Stadtr. v. Mecheln a. a. O. Art. 2. — binnen den haluen jaere naer d'ugt winninghe — Lantr. van Overyssel a. a. O. Art. 3.

[130]) Gragas Landabrigtha-Balkr. c. 45. Jarnsida Landabrigtha-Balkr. c. X Gulathingsges. 72 — Af theirri iörthu ma mather ecki af selja öthrom a leigu nema hann skildi that tha er tok at hann skylldy (von dieser Erde mag kein Mann abverpachten einem andern ausser wenn er dies ausbedang, als er pachtete, dass er dürfe an einen andern Mann weiter verpachten).

[131]) Costuym. van Reyssel (Christyn a. a. O. II) Art. 63. Lantr. van Overyssel Art. 5.

Natur der Miethe und Pacht. Ebenso wie der Uebergang des Mieths- und Pachtrechts auf die Erben des Miethers und Pächters in älterer Zeit nicht überall Geltung hatte,[132]) sei auch die Uebertragung desselben auf einen Singularsuccessor des Miethers oder Pächters früher ausgeschlossen gewesen und später nur mit Einschränkungen gestattet worden.

Sehen wir jedoch näher zu, so finden wir, dass die, ohne Rücksicht auf die erforderliche Zustimmung des Eigenthümers vorgenommene Aftervermiethung oder Afterverpachtung selbst nach den, jenes Verbot enthaltenden Rechten, keineswegs immer noch durchaus die rechtliche Folge hatte, dass der Miethsoder Pachtvertrag überhaupt aufgehoben wurde, und etwa nicht bloss der zweite sondern auch der erste Miether oder Pächter der Detention des Mieths- oder Pachtobjektes verlustig ging. So war nach altnorwegischem Rechte[133]) nur der Afterpächter zum Aufgeben des Pachtgutes gezwungen. Der erste Pächter behielt sein Pachtrecht und war nur zur Zahlung einer Strafe an den Verpächter verbunden, deren Nichtleistung erst für ihn den Verlust des Pachtbesitzes herbeiführte. Wo aber nach Landesrecht auch der Vertrag mit dem ersten Miether oder Pächter gelöst wurde,[134]) ist dies, ähnlich der verbotenen Veräusserung bei Lehnen, als eine durch sein verbotswidriges Handeln herbeigeführte Verwirkung seines Rechtes anzusehen, nicht als die Consequenz einer, wegen der Zerbrechlichkeit der Miethe und Pacht dem Vermiether oder Verpächter gestatteten Befugniss zum einseitigen Rücktritt vom Vertrage.

Ist hiernach der Rechtsgrund des Verbotes der Aftervermiethung, beziehungsweise Afterverpachtung nicht in der prekären Natur der Miethe und Pacht zu suchen, so liegt es nahe, denselben umgekehrt gerade auf die, in denjenigen Rechten, welche jenes Verbot enthalten, durch die Adoption des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe“ statuirte grössere

---

[132]) S. oben S. 169. 170.

[133]) Gulathingsges. 72.

[134]) Costuym. van Reyssel Art. 63. Hiernach hob die Aftervermiethung eines Theils oder des ganzen gemietheten Grundstücks, wenn sie ohne Consens des Vermiethers geschehen war, die Heuer auf.

Festigkeit und Rechtsbeständigkeit dieser Verträge zurückzuführen.

Wenn der Grundeigenthümer durch Abschluss des Miethsoder Pachtvertrages sich der Möglichkeit, über sein Eigenthum frei und unbeschränkt durch ein entgegenstehendes Gebrauchsoder Nutzungsrecht eines Andern zu verfügen, begab, erforderte es die Billigkeit auf der andern Seite, dass derselbe nur einem solchen Miether oder Pächter gegenüber für gebunden gelten sollte, dessen Person er das Vertrauen schenkte, welches die Eingehung eines solchen, seine Verfügungsfreiheit ziemlich weit einschränkenden Vertrages erforderte. Nicht aber durfte er damit zugleich gezwungen sein, jedem beliebigen unbekannten Dritten die Aussicht auf den Gebrauch oder die Nutzung seines Grundstücks zu eröffnen, auf den etwa der erste Miether oder Pächter, seine Gerechtsame weiter zu übertragen, gewillt sein mochte.

§ 7.

Ehe wir unsere Beiträge zur Geschichte der Miethe und Pacht abschliessen, wollen wir endlich noch einer auffallenden Erscheinung unsere Aufmerksamkeit zuwenden, welche sich in einigen von denjenigen Rechtsquellen vorfindet, in denen die Regel „Kauf bricht nicht Miethe" gilt.

Im conträren Gegensatz zu der anderer Orten geltenden Zerbrechlichkeit derselben im Verkaufsfalle wurde hie und da die Rechtsbeständigkeit der Miethe und Pacht gewissermassen nach der andern Seite hin übertrieben. Einzelne Rechte lassen nämlich bei eintretendem Wechsel in der Person des Grundbesitzers Miethe und Pacht selbst in solchen Fällen noch unter Umständen fortdauern, wo dem Vermiether oder Verpächter an dem, von ihm vermietheten oder verpachteten Grundstück kein Eigenthumsrecht, sondern nur, mehr oder weniger umfangreiche Besitz- und Nutzungsrechte zustehen, und wo deshalb nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen mit dem Aufhören dieser Besitzrechte und deren Heimfall an den Proprietar von einer Singularsuccession füglich nicht die Rede sein könnte.

Demungeachtet erklärt ein Bremer Schöffenurtheil aus dem vierzehnten Jahrhundert den Grundeigenthümer, welcher vom Satzungsgläubiger, der dasselbe bis dahin pfandweise besessen, sein Grundstück durch Rückzahlung der Pfandschuld einlöst,

für verbunden, das daran von jenem einem Andern eingeräumte Pachtrecht gegen sich gelten zu lassen.[135] Ferner einzelne französische und niederländische Rechtsquellen halten nicht allein die vom Vasallen und Lehnsbesitzer, sondern auch vom blossen Niessbraucher[136] geschlossenen Mieths- und Pachtverträge aufrecht, sofern die darin stipulirte Pachtzeit nicht eine gewisse Anzahl von Jahren[137] überdauert. Sie nöthigen die Grundeigenthümer, sie anzuerkennen und die Pächter zu dulden. Diese exorbitante Ausdehnung der Rechtsverbindlichkeit der Miethe und Pacht dürfte, wie ich glauben möchte, nur etwa folgendermassen zu erklären sein.

In den genannten Fällen stand nach dem System der mittelalterlichen deutschen und germanischen Rechte dem Vermiether oder Verpächter die Gewere an den von ihm besessenen und demnächst von ihm vermietheten oder verpachteten Immobilien meist allein und ausschliesslich zu, während der Proprietar, wie dies bei der älteren Satzung der Fall war, ihrer gänzlich darbte.[138] Wo aber die Gewere getheilt war, wie z. B. beim Lehnsbesitzer im Verhältniss zum Lehnsherrn, überwog diese und das damit verbundene Nutzungsrecht derartig die, in der Hand des Eigenthümers zurückgebliebenen Befugnisse, dass letztere sich im wesentlichen nur noch darauf beschränkten, solche Verfügungen des Besitzers unmöglich zu machen, welche die Substanz des Grundstückes betrafen. Abweichend von der im Sachsenspiegel[139] vorherrschenden Auffassung drang demnächst in einigen Rechten bezüglich der Miethe und Pacht

---

[135]) Oelrichs a. a. O. S. 155. 156: — waren uppe den hilghen dat he dat gud meyeren dan hebbe er der tyd J. dat lozede, zo scholen de meyer bruken dezes nyen alse G. en dat gedan heft —.

[136]) Cout. de Bailleul (Bourdot de Richebourg a. a. O. I p. 972.): Chaque homme de fief aura la faculté d'affermer son fief — pendant neuf années durants. Cout. de Courtray P. II Rubr. VIII No. 4 (a. a. O. I p. 1033); Cost. van Brussel (Christyn a. a. O. I p. 121); Cost. der stadt van Lyere tit. VII. 3 (a. a. O. I); Cost. van Gheel tit. VI. 3. vgl. cod. civil Art. 595. 1429.

[137]) Drei, sechs, höchstens neun Jahre. Cout. d'Assende Rubr. XI Art. 1 Nr. 5. (a. a. O. I p. 807—808); Cout. de Gand P. II Rubr. XIII Art. 1 Nr. 8 (a. a. O. I p. 1001. 1002).

[138]) Laband, Vermögensrechtl. Kl. S. 163. 164.

[139]) S. oben S. 169 Note 87.

die Ansicht durch, dass die Einräumung von Mieths- und Pachtrechten, zumal wenn ihre Dauer nicht auf zu lange Fristen stipulirt war,[140]) nicht als eine Veräusserung anzusehen sei, welche die Substanz des vermietheten und verpachteten Grundstücks betreffe und den Inhalt der daran einem Dritten zustehenden Eigenthumsrechte zu alteriren geeignet wäre. Hieraus aber zog man die Folgerung, dass der Eigenthümer gehalten sei, die vom Inhaber der Gewere geschlossenen Mieths- und Pachtverträge über die Dauer seiner Besitz- und Nutzungsrechte hinaus anzuerkennen. Denn einmal waren diese, ohne die Substanz des Grundstücks zu berühren, nur auf die Ueberlassung von Gebrauchs- und Nutzungsrechten gerichtet; ferner aber leiteten sie ihren Ursprung her aus dem Inhalt der, dem Besitzer allein, oder doch ihrer wesentlichen Bedeutung nach zuständig gewesenen Gewere. Dagegen standen sie mit den, hiernach unberührt gebliebenen Proprietätsrechten des Eigenthümers in keinem Zusammenhange. Weiter konnte daher die Anschauung Boden gewinnen, dass, wenn die Gewere, deren er bis dahin gedarbt hatte, an den Grundeigenthümer zurückfiel, dieser gewissermassen in Rechte succedire, die so lange ein Anderer: der Satzungsgläubiger, Vasall oder Niessbraucher ausgeübt hatte. Und so war die Basis gefunden für die Statuirung des Fortbestehens von Miethe und Pacht selbst in diesen Fällen, wo, streng genommen, an eine Rechtsnachfolge desjenigen, der sie wider sich gelten zu lassen genöthigt war, nicht hätte gedacht werden dürfen.

---

[140]) Im französischen und niederländischen Recht war in dieser Beziehung von Einfluss: die in Folge missverständlicher Auslegung einer Stelle der R. R. (l. 1 § 3 D. de superf. 43, 18) entstandene Theorie der italienischen Commentatoren und Feudisten, derzufolge nicht sowohl bezüglich der superficies, sondern auch bei blosser Mieths- oder Zeitpacht zwischen locatio ad modicum und ad longum tempus unterschieden ward (Azo, summa in cod. tit. de acq. et ret. poss. 7, 32; Alvarotus in feud. prooem). Danach ward bei einer Miethe oder Pacht von längerer Dauer als 9 Jahren angenommen, es läge eine der in den libri Feudorum II, 9 § 3. verbotenen Veräusserungen vor, während man andererseits die auf kürzere Zeit abgeschlossenen Miethen oder Pachtungen nicht allein als erlaubt betrachtete, vielmehr geneigt war, ihnen dem Lehnsfolger, beziehungsweise dem Lehnsherrn gegenüber verbindliche Kraft beizumessen. S. auch Lewis, das R. des Familienfideicommisses S. 197.

Die Entwickelung der Principalintervention in Italien.

Von

Herrn Privatdocent **Dr. Jakob Weismann**

in Leipzig.

Die nachfolgende Abhandlung, die Einlösung eines gegebenen Versprechens,[1] hat zu ihrem wesentlichen Gegenstande die Entwickelung der sogenannten „Principalintervention“ in Italien; nur soweit es für das Verständniss dieser Entwickelung erforderlich scheint, betrachtet sie die gleichzeitige Gestaltung der sogenannten „accessorischen“ Intervention; sie schliesst aus die „Principalintervention in der Executionsinstanz.“

Man hat die Existenz der „Principalintervention“ im mittelalterlichen Processrecht[2]) Italiens gänzlich bestritten; und als seither gänzlich unerwiesen wird man sie in der That betrachten müssen.

---

[1]) Weismann, die Feststellungsklage, zwei Abhandlungen (Bonn, bei Adolf Marcus 1879), im Folgenden citirt als „Feststellungsklage“, S. 76.

[2]) Wach, der italienische Arrestprocess (Leipzig 1868), S. 211: „Es fragt sich: hat die italienische Doctrin und Praxis — die für die heute s. g. Principalintervention aufgestellten Regeln zur Anwendung gebracht? Soviel ich sehe, leugnen die Juristen mit grösster Entschiedenheit und Einstimmigkeit jedes Recht des Dritten, auf das schwebende Verfahren irgend welche Einwirkung zu äussern oder gar den nicht ad causam legitimirten Kläger mit einer „qualificirten“ Klage zu belangen. Man liess während schwebenden Processes nur accessorische Intervention zu und erlaubte selbst in der Executionsinstanz eine Hemmung des Verfahrens nur dann, wenn eine res vacans, nicht eine a reo possessa, Gegenstand des Streites war, oder zur Execution eines persönlichen Anspruchs Sachen des Dritten als Executionsobjecte in Anspruch genommen wurden.“

Richtig ist, dass die Principalintervention im Arrestverfahren der italienischen Doctrin und Praxis als Principalintervention in der Executionsinstanz erscheint. Vgl. Wach a. a. O. S. 214. 215, und noch Rafael Fulgosius, Consil. inc. factum sic se habet (Ed. Brixiae 1490, zusammen mit den Consilien des Rafael Cumanus, Nr. 169). Nach Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocessrechts (Aufl. II. 1873) S. 444 hat „man“ ein Institut „erfunden“, welches mit dem Namen „Principalintervention“ bezeichnet zu werden pflegt; dazu werden in Note 15 nur deutsche gemeinrechtliche Schriftsteller citirt, als frühester Mauritius, de jure interventionis, 1669. Osterloh, Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Civilprocesses (Leipzig 1856) I. S. 531, beruft sich nur auf deutschen Gerichtsgebrauch, und bemerkt dazu nur (Note 9): „Aus cap. 38 X. de test. et attest. II 20 lässt sich dies nicht herleiten.“

Nicht erwiesen wird sie durch die beiden Stellen der Decretalen Gregor's IX., welche und welche allein man traditionell[3]) dafür zu citiren pflegt.

Das cap. veniens (38) X. de testibus et attestationibus (2,20) handelt nur von einer Principalintervention in der Executionsinstanz: nur auf Execution eines angeblich rechtskräftigen Endurtheils ist der Antrag des Archidiakons gerichtet;[4]) nur gegen diesen Antrag die Einwendung des beklagten Capitels. Nur auf Abweisung des Executionsantrages geht das Petitum des intervenirenden Subdiakons, und nur zur Begründung dieses Petitums dient ihm die Behauptung, dass er selbst zu dem streitigen Dekanate gewählt sei.[5])

---

[3]) Vgl. z. B. Wetzell, System (Ausg. III. 1878) S. 856 ff. Bloss auf c. 38 X. de test. (2,20) beruft sich Planck, die Mehrheit der Rechtstreitigkeiten im Process (Göttingen 1844) S. 440. Bezüglich der mittelalterlichen Literatur verweist Planck a. a. O. S. 441 N. 2 lediglich auf Felin. ad cap. 38 d. testib. nr. 5; allein die hier citirte Literatur bezieht sich nur auf die accessorische Intervention und die Intervention in der Executionsinstanz, und Felin. selbst (nr. 6—15) gibt daraus nur einen unvollständigen Auszug. Uebrigens betont Planck (S. 441) besonders „das Stillschweigen der Praktiker"; Wetzell a. a. O. enthält sich wider Gewohnheit der Citate aus der italienischen und älteren gemeinrechtlichen Literatur gänzlich.

[4]) Veniens ad apostolicam sedem G. archi. Claremon. humiliter supplicavit ut sententiam super decanatu Claremon. ecclesiae pro eo latam, quae iam fuerat in parte executioni mandata, faceremus in totum executioni mandari.

Weil die Unterrichter die Execution eingestellt haben, so wendet sich der Kläger mit seinem Executionsantrag beschwerend an den Papst. Nicht ist das Verfahren, wie Planck a. a. O. S. 440 annimmt, Verfahren über eine Appellation des Beklagten gegen das Endurtheil. Gegen den Executionsantrag wendet der Beklagte ein, dass die Sentenz ergangen sei post appellationem ad nos (papam) interpositam.

[5]) P. subdiaconus noster se ipsi opposuit ex adverso: asserens se canonice in decanum Claremonten. electum, propter quod dictus archi. in sua petitione non erat aliquatenus audiendus. Zudem behauptet er Ungültigkeit des Urtheils (Lite igitur inter eos tam super electione quam super sententia contestata.) Planck a. a. O. unterlässt es ganz, das Petitum des Intervenienten gegen den Kläger zu bestimmen, beschränkt sich vielmehr darauf zu constatiren, es werde „ein neuer Rechtsstreit des neuen Klägers mit dem früheren vereinigt, der alte ruhe hier bis zu einer gemeinschaftlichen Entscheidung." Nach dem Gesagten ist die Behauptung der Vertreter des Beklagten als Einwendung gegen den Vollstreckungsantrag aufzufassen; gegen die Zulassung der Vertreter aber ist vom Kläger protestirt, und wahrscheinlich sind sie, als Excommunicirte (vgl. am Schluss der Stelle: „ad cautelam absolvatis eosdem"), auch nicht zugelassen worden (vgl. c. 7 X. de probationibus (2,19): Si—V. excommunicatus erat cum procurationis officium assumpsit, ipsum tanquam procuratorem non duximus admittendum); jedenfalls geht, dass sie zugelassen worden, aus der Stelle nicht hervor, so dass also auch eine Vereinigung zweier Rechtsstreitigkeiten aus ihr nicht zu deduciren ist.

Anders ist die Stelle auch nicht durch das ganze Mittelalter hindurch verstanden worden, von der Glosse,[6]) von Innocenz IV. ab die ganze Reihe der Commentatoren hindurch, Keinen[7]) ausgenommen; an ihr gerade entwickelt Innocenz IV. und, ihm folgend, die ganze spätere Doctrin die Lehre von der Principalintervention in der Executionsinstanz.[8])

Im cap. cum super (17) X. de sententia et re iudicata (2,27) aber tritt der Intervenient gar nicht mit einem eigenen Anspruch, und folglich auch nicht als „Principalintervenient" auf, sondern übernimmt als s. g. accessorischer Intervenient die Vertheidigung des Beklagten;[9]) und das ist wiederum die Auffassung der ganzen mittelalterlichen Doctrin.[10])

Im Folgenden werde ich auf anderem Wege nachweisen, dass die Principalintervention in Italien, sicherlich im vierzehnten Jahrhundert, im Wesentlichen zu der Gestalt sich entwickelt hat, in welcher sie von der deutschen Doctrin und Praxis recipirt und aus dem gemeinen Processrecht in die Reichscivilprocessordnung übernommen worden ist.

Ihre Wurzeln jedoch reichen weiter zurück. Dass sie nicht im römischen Recht[11]) ihren Ursprung hat, ist heutzutage unbezweifelt und unzweifelhaft; sie wurzelt aber in deutschrechtlichen Anschauungen, und Ausblicke auf das deutsche Recht werden die Einsicht fördern in die Entwickelung der „Principalintervention" in Italien.

---

[6]) Gl. audiendus]: Sententia lata inter me et te non est executioni mandanda si ius alterius partis laeditur.

[7]) Ich sollte genauer sagen: der mir bekannten; eine abweichende Meinung würde aber sicher von diesen verzeichnet worden sein. Ich habe namentlich daraufhin verglichen: Henricus de Segusia (Hostiensis), Jo. Andreae, Baldus, Petrus de Ancharano, Antonius de Butrio, Franciscus de Zabarellis (Cardinalis), Joannes de Imola, Nicolaus de Tudeschis (Abbas mod., Panormitanus), Felinus Sandeus.

[8]) S. Wach a. a. O. S. 213. 214.

[9]) Vgl. namentlich Innocentius IV. h. l.: „— probato iure tertiae personae iudex absolvet reum ab impetitione actoris; sed non condemnabit eum tertiae personae, quae se immiscuit ad defendendum reum, quia ad hoc non egit"; ad v. constiterit]: „pro se autem nihil petet." Vgl. namentlich Wach a. a. O. S. 212 f.

[10]) Siehe Note 7. — Gegen diese Auffassung lässt sich auch nicht, wie Wetzell thut (a. a. O. S. 856 N. 10), geltend machen der Schlusssatz der Stelle: „cum res inter alios acta non noceat regulariter aliis, juxta constitutiones canonicas et civiles"; weil eben, nach mittelalterlichem italienischem Processrecht nothwendige Voraussetzung der accessorischen Intervention nicht ist, dass das zu erwartende Urtheil auch den Dritten binde; was sich aus der nachfolgenden Darstellung mit Evidenz ergeben wird. S. auch Wach a. a. O. S. 212 N. 16.

[11]) Ueber dieses s. namentlich Planck, a. a. O. § 24; und W. Francke, über den Pandektentitel de hereditatis petitione (I. Abthlg. 1864), zu l. 57 h. t., S. 404 ff.

„Res iudicata ius facit inter partes", jener Grundregel des römischen Rechtes über die Rechtskraft des Urtheils steht gegenüber die deutsche Rechtsanschauung, welcher das sächsische Landrecht[12]) Ausdruck verleiht in dem Satze:

„Svelke gave die man siüt, oder svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht, dar na mach he's nicht weder reden."

Widersprechen muss der Lehnsmann, wenn in seiner Gegenwart im Gericht sein Lehen einem Anderen zugesprochen wird;[13]) widersprechen muss — zu diesem Satz ist das deutsche Recht sicherlich in seiner späteren Entwickelung gelangt,[14]) — ein Jeder, in dessen Gegenwart einem Anderen ein Recht zuerkannt wird, welchem das seine entgegensteht; widerspricht er nicht jetzt, im Gerichte, so ist sein Widerspruch für alle Zeit ausgeschlossen, das Urtheil des Gerichtes bindet auch ihn.

Zwar hat das canonische Recht jene römische Regel recipirt,[15]) aber auf die canonische Doctrin und Praxis ist die deutschrechtliche Anschauung nicht ohne Einfluss geblieben.

Bekanntlich erscheint der canonischen Doctrin das Recht des Beneficiars am Beneficium als ein ius in re aliena, welches am nächsten mit dem Lehenrecht verwandt ist, und lehenrechtliche Institute haben auf die Gestaltung des canonischen Beneficialwesens eingewirkt. Auch der eben erwähnte lehnrechtliche Satz hat auf dem Gebiete des canonischen Rechtes analogen Ausdruck gefunden.

Auf Grund einer Wahl ist gegen ein Capitel Klage auf ein Beneficium erhoben: wer, gleichfalls auf Grund einer Wahl des Capitels, ein Recht auf dasselbe Beneficium in Anspruch nimmt, der soll dem Kläger „opponiren", wenn er von der Klage Kunde hat; opponirt er trotz seines Wissens nicht in diesem Process, so ist er mit seinem Widerspruch für alle Zeit ausgeschlossen: das dem Kläger günstige Urtheil wird rechtskräftig auch gegen ihn.[16])

---

[12]) S. Ldr. II. 6,4.

[13]) Vgl. Planck, das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter (1879) I. S. 169. 325. 637.

[14]) Vgl. Planck, Gerichtsverfahren I. S. 325. 639 f.

[15]) Cap. quamvis (25) X. de sententia et re iudicata (2,27), cf. cap. cum super (17) X. eod. i. f.

[16]) Ad c. 38 X. de test. (2,20) gl. utraque pars]: Sed quare necesse habet iste P. contra sententiam illam inducere testes, cum illa sententia ei non debeat obesse, quia res inter alios acta aliis obesse non debet. Respon.: quia de hoc agebatur, antequam sententia ei praeiudicasset, quod sciebat rem ad se pertinentem tractari, — quia quam

Der Papst hat Zwei auf dieselbe Präbende angewiesen,[17] von denen das Capitel, an welches das päpstliche Rescript gerichtet ist, jedenfalls nur Einen aufzunehmen verpflichtet ist: wenn nun Einer auf Grund seines Rescriptes Klage gegen das Capitel erhebt, so soll der Andere opponiren, sobald er von dem Rechtsstreit Kunde erhält. Opponirt er nicht in diesem Process, späterhin kann er es nicht mehr: das dem Kläger günstige Urtheil wirkt auch gegen ihn. Ja, opponiren soll Jeder, der ein von dem Capitel abgeleitetes Recht an der streitigen Präbende behauptet, wenn er von dem anhängigen Processe weiss, oder das Urtheil, das zu Gunsten des Klägers entscheidet, schneidet für immer seinen Widerspruch ab.[18])

---

cito scivit causam illam tractari, statim debuit contradicere et se opponere: quod cum non fecerit, praesumitur consentire; vgl. Innocentius IV. zu dieser Stelle ad v. sententia]: quia forte sententia eo ignorante lata erat, unde sibi non fiebat praeiudicium, — alias enim sibi praeiudicium fieret. S. auch die Späteren zu dieser Stelle, z. B. Joannes ab Imola: quando scivit tunc habet necesse appellare vel prosequi appellationem interpositam per reum, alias sententia faceret sibi praeiudicium. Nam licet diversum sit ius istius subdiaconi ab iure archidiaconi, quia tamen causa est tractata cum electoribus, a quibus habet causam iste P., ideo praeiudicat sibi sententia, si scivit causam agi et non contradixit; Nicolaus a Tudeschis (Panormitanus) nr. 14; ferner auch zu c. quamvis (25) X. de sent. (2,27), z. B. Hostiensis, apparatus, ad v. causam] i. f.: siquis ageret contra capitulum petens praebendam, quam dicit vacare de iure, licet alius eam de facto teneat, vel quam dicit sibi deberi, et alius similiter ipsam sibi deberi dicit, et uterque ex eodem iure agit, puta ex electione capituli, in his casibus et similibus videtur, quod haec litera locum habet; s. auch Jo. Andreae zu dieser Stelle.

[17]) Vgl. über derartige päpstliche Rescripte Richter-Dove, Kirchenrecht, § 196 (Aufl. VII S. 584 f.)

[18]) Innocentius IV. ad c. mandatum (38) X. de rescriptis (1,3): — Si ipse praesentans primo velit se opponere, — potest, quia sua interest et pro suo iure appellare — et nisi de iure suo dicat, fit sibi praeiudicium; derselbe ad c. capitulum (30) X. eod.: — Sed dices, numquid factum est praeiudicium primo cum sciverit agi super praebenda sibi debita? Respondeo: non; cum secundum agere non potuerit prohibere et non utatur eo iure quo secundus —; quidam dicunt et forte melius, quod sic, quia nituntur eodem iure scil. mandato Domini Papae super eodem praebenda et idcirco fit praeiudicium. Durantis, spec. iud. II. 1 de actione seu petitione § 4 (super) pr. und nr. 1, s. unten Note 22. Jo. Andreae ad c. mandatum cit. (Referat aus Bernardus Compostellanus iunior): Pone A. primo praesentavit literas capitulo super sua receptione in canonicatum et assignatione praebendae. Venit postea B. et praesentavit secundo. Quaeritur, numquid primus nondum receptus huic secundo se possit opponere ne recipiatur. Respondet Compostellanus, quod aut uterque impetravit super diverso iure aut super eodem. Primo casu puta quando uterque recipiendus est ex vi clausulae non obstante etc. (nämlich: quod pro alio ibidem scripsimus) tunc non interest ipsius A. se opponere, ne B. recipiatur et ideo non auditur in hoc —. Si vero impetrant super eodem iure, ut, quando capitulum non tenetur recipere

Gegründet werden diese Sätze auf l. saepe (63) D. de re iudicata (42,1), und c. quamvis (25) X. de sententia et re iudicata (2,27), welches den Inhalt dieser Lex auch für das canonische Recht sanctionirt:[19])

> Quamvis regulariter aliis non noceat res inter alios iudicata: Ei tamen qui, cum sibi primum de ea re actio vel defensio competebat, sustinuit sequentem agere, ac illi etiam qui passus est eum a quo causam habuit experiri, est praeiudicium generatum.

Aber in Wahrheit sind sie nicht Folgerungen aus der l. saepe cit., sondern Erweiterungen derselben; denn, von anderen Bedenken abzusehen: nicht ist ja hier Streit über die Berechtigung des Auctors, wie in den analogen Fällen der l. saepe cit., Streit ist nur darüber, wem das abgeleitete Recht zustehe.[20]) Die spätere Doctrin hat denn auch klar erkannt, dass jene Sätze nicht unter, sondern dass sie, als gewohnheitsrechtliche, neben den Gesetzen stehen, welche ihnen Deckung gewähren sollen; und, nach einer andern Rechtfertigung vergeblich sich umsehend, gründet sie dieselben nun auf die öffentlich rechtliche Natur der Beneficien.[21])

---

nisi alterum tantum, tunc primo praesentans potest se opponere, alias sibi scienti causam suam agi pararetur sibi praeiudicium; und namentlich später zu derselben Stelle: — Quid si mihi recepto auctoritate papae debebatur praebenda quae fuit collata B.; egi contra capitulum, ut cogeretur illam mihi conferre amoto quolibet detentore, contra B. possessorem non egi, sed B. venit per procuratorem ad causam, quae erat inter me et capitulum; probavi de iure meo, scil. me receptum auctoritate papae et illam praebendam mihi debitam, B. nihil docuit de iure suo, et obtinui contra capitulum. Dicit Compostellanus, quod haec sententia praeiudicat B. habenti causam a capitulo, contra quod agebam — secus si agerem ad praebendam contra alium a quo possessor non habet causam. — Den Bernardus Compostellanus referirt zu derselben Stelle auch der Cardinalis (Franciscus de Zabarellis). Vergl. übrigens über die Natur der Klage gegen das Capitel Durantis a. a. O. pr.: „licet ex tali rescripto — non detur actio, per quod non datur ius in re, sed ad rem — per ipsum tamen officium iudicis imploratur.“ Vergl. auch den Libell bei Jo. Andreae a. a. O.

[19]) Auf diese beiden Stellen und nur auf sie berufen sich sämmtliche oben in den Noten 16 und 18 angeführte Schriftsteller. Das cap. quamvis gab allerdings eine festere Stütze wegen der allgemeineren Fassung des Schlusspassus (ac illi etiam etc.), welcher indessen offenbar auch nur den Inhalt der l. 63 D (42,1) wiedergeben soll. Vgl. auch die oben Note 16 angeführten Schriftsteller zum c. quamvis cit.

[20]) Nach Analogie jener Sätze müsste ja auch z. B., wenn auf Grund eines Niessbrauches die actio confessoria gegen den Eigenthümer angestellt ist, der Niessbraucher, welcher sein Recht von demselben Eigenthümer herleitet, durch das zu Gunsten des Anderen entscheidende Urtheil seines Rechtes verlustig gehen; wenn er von dem Rechtsstreit wusste und nicht „opponirte“.

[21]) Baldus ad c. veniens (38) X. de testibus (2, 20) nr. 6; vgl. auch schon den Zweifel bei Innocentius IV. ad c. capitulum cit.

„Et forte ratio est, quia sententia lata super beneficio facit ius inter omnes, cum omnia beneficia ecclesiastica sint publici iuris. Sed secundum iuris utriusque regulas res inter alios acta alii non praeiudicaret. —"

Voraussetzung für die Wirksamkeit des Urtheils gegen den Dritten ist allemal sein Wissen von dem schwebenden Rechtsstreit. Diese seine Wissenschaft aber, und zugleich deren Beweis pflegt sich die daran interessirte Partei durch eine Anzeige, eine Streitverkündigung, zu sichern. Die Streitverkündigung kann ausgehen von dem Beklagten (in den eben aufgeführten Fällen also von dem Capitel); ihm gewährt sie Sicherung gegen künftige Ansprache seitens des Dritten, ihm ersetzt sie auch den Anspruch auf cautio defensum iri, welchen das römische Recht dem Beklagten, wenn er mit dinglicher Klage auf Herausgabe derselben Sache von verschiedenen Seiten belangt ist, gegen den ersten Sieger gewährt.[22])

Sie kann aber auch vom Kläger ausgehen; ihm ist sie ein Mittel, sich nicht das beanspruchte Haben allein, sondern auch ein sicheres, unangefochtenes Haben zu verschaffen.[23])

(Note 18), und seinen Widerspruch zu dem oben (Note 16) referirten Satze ad c. quamvis v. f.: Hoc autem videtur esse indubitatum quod si aliquis egit contra capitulum alicuius ecclesiae et petit praebendam quae mihi debebatur vel mea erat, non praeiudicat mihi sententia lata contra capitulum.

[22]) Durantis, spec. iud. lib. II. partic. 1. de actione seu petitione § 4 (super) pr. — Si alicui capitulo scriptum est, ut aliquos debeant recipere in canonicos et in fratres, hi, pro quibus scriptum est, possunt agere contra capitulum, ut eos recipiant in canonicos et in fratres — et si talis est casus quod capitulum solum alterum de duobus vel tribus contra eum agentibus recipere teneatur, tunc debet eum recipere, qui primus ad sententiam pervenit: ita tamen, quod qui primo obtinet, capitulo caveat, quod capitulum servet indemne, ne super receptione duorum contra papae intentionem gravetur D. de rei vindicatione, l. is a quo — nr. 1. Potest etiam et aliter capitulo consuli; nam cum citatur a duobus executoribus super receptione duorum, significet hoc iis, qui se petunt recipi, ut veniant, et ius suum defendant, et si non veniat unus et alter obtineat contra capitulum, praeiudicabitur ei, qui causam suam agi scivit et non venit ius suum defendere X. de re iudicata, c. quamvis. — Ebenso Franc. de Zabarellis ad c. mandatum cit. 28°, der, wie auch Durantis, nur den Bern. Compost. wiederholt.

[23]) Bernardus Compostellanus (iunior), der, nach der Bemerkung des Jo. Andreae, von Durantis II. 1 de actione seu petitione 4, 14, von Jo. Andreae selbst und von Franciscus de Zabarellis ad c. mandatum (38) X. de rescriptis v. fin., fast wörtlich übereinstimmend, wiederholt wird. Ich citire im Folgenden nach Jo. Andreae: Dicit etiam Comp., quod tu qui dicis praebendam tibi non collatam sed debitam, potes petere, quod denuncietur omnibus qui se contendunt ius habere in praebenda, quod veniant coram executore vel capitulo defensuri ius si quod habent in ipsa, qui sive veniant sive non, potes petere illam tibi assignari, et alii poterunt idem petere, et superior

Geschehen kann sie nicht nur durch die Partei selber, sondern auch, und das ist der sicherere Weg, auf Antrag der Partei durch Vermittelung des Richters. (S. Note 23.)

Nicht ist es die Streitverkündigung, welche den Dritten zum Eintritt in den Rechtsstreit nöthigt, welche der Entscheidung dieses Processes Rechtskraft auch gegen ihn verleiht; diese Wirkung ist lediglich an sein Wissen vom Rechtsstreit geknüpft, und nur dieses soll die Streitverkündigung bewirken.

Aber wo auch der also erweiterte Bereich der l. saepe D. de re iudicata seine Grenze findet, da giebt die canonische Praxis der Partei noch ein Mittel in die Hand, dritte Rechtsprätendenten zum Eintritt in den Process zu zwingen, dem Urtheil Wirksamkeit auch gegen sie zu verschaffen; und dieses Mittel ist nicht eine blosse Streitverkündigung, sondern die Citation durch den Richter.

Vielfach hat das canonische Recht, wie das weltliche Recht Italiens der Provocationen sich bedient, der General- wie der Specialprovocationen, zur Sicherung eines neu zu begründenden, zur Sicherung eines bestehenden Rechtszustandes;[24] und eine Verwendung dieses vielbenutzten Mittels auf dem Gebiete des Processrechtes ist auch diese Citation.[25]) Sie ist provocatio ad opponendum. Die Befugniss dazu erhält der beauftragte Richter, wenn, auf Antrag des Klägers, ihm der Process committirt ist, nicht nur gegen einen bestimmten Beklagten, sondern auch gegen „alios sua interesse pu-

---

assignabit illam illi, cui viderit ipsam deberi et haec assignatio cum fiat cum causae cognitione, praeiudicabit illis, qui praesentes fuerunt et quibus denunciatum est D. de re iud. saepe. — praedicta tamen denunciatio melius fit per iudicem cum quis non teneatur adversario suo credere. — Der „Executor" des päpstlichen Rescriptes wird nämlich Richter, wenn sich Widerspruch gegen die Ausführung vor ihm erhebt; vgl. Durantis spec. iud. a. a. O. nr. 3: — In praemissis casibus — executor partes iudicis assumit, ubi est sententia diffinitiva ferenda, quae sine litis contestatione ferri non debet; vgl. bei ihm auch die Libelle (nr. 2 und 3), auch Jo. Andreae und Zabarella a. a. O. Die Bestellung eines derartigen Executors enthält das cap. mandatum (38) X. de rescriptis (1, 3); vgl. über den Einfluss der Päpste auf die Besetzung der Pfründen Richter-Dove Kirchenrecht § 196 und bezüglich der päpstlichen litterae executoriales insbesondere die Citate daselbst Note 2.

[24]) Vgl. Feststellungsklage I. § 17. 18. 20—22.

[25]) Ganz allgemein bemerkt Innocentius IV., dem Hostiensis, und Spätere (vgl. z. B. auch Jo. Andreae) folgen, zum c. dilecti X. de exceptionibus: Alioquin etiam mandat papa vel quivis alius citare qui se volunt opponere alicui („et quorum interest" fügt Hostiensis in seinem Apparatus hinzu) et tunc citator publice debet proponere edictum, ut quicunque vult se opponere super facto de quo agitur coram tali iudice et in tali loco tali die compareat; infra X. qui matr. accus. poss. c. cum in tua.

tantes", gegen andere „Betheiligte".[26]) Sie zwingt zum Eintritt in den Process, durch die Drohung der Präclusion, sie verleiht dem Urtheil über die Parteien hinaus Wirksamkeit auch gegen den Citirten. Sie ist es, welche diese Wirkung hervorbringt; sie wirkt gerade da, wo an sich die Rechtskraft des Urtheils auf die Parteien beschränkt wäre, wo auch

---

Potest etiam iste citator quos voluerit nominatim citare, ut compareant ad opponendum se contra factum de quo agitur si volunt; et si non comparuerint, praeiudicium eis fiat ex praeall. decr. Vgl. auch Durantis spec. iud. II. 1 de citatione 4,19 ff. — Damit vgl. die Commentatoren ad c. cum in tua (6) X. qui mat. acc. poss. (4,18) und ad c. quamvis (25) X. de sent. et re iud. (2,27); auch hier liefert Innocentius IV. die Gedanken; zu ersterer Stelle: ad v. banni]: qui sunt, ut quicunque scit aliquod impedimentum intra certum tempus veniat et dicat. — Et haec quod ulterius accusare non possint vera sunt, quando post contractum matrimonium et post terminum transactum velint accusare. — Quidam — dicunt, sententiam hanc, sc. quod nullus de cetero contra illud matrimonium non audiretur, necessariam ad hoc ut non audiretur; arg. C. de ingen. man. l. diffamari. Sed respondeo ibi sententiam necessariam esse et ad hoc prodesse ut etiam si matrimonium non sequatur, tamen post sententiam non auditur; secus autem si non esset lata sententia. — Habet autem locum hoc edictum ubicunque plures admittuntur ad agendum vel contradicendum vel aliquid simile agendum ut in restitutione et in matrimonio et in natalibus. — Zum c. quamvis cit.: ad v. non noceat]: — Item no., quod in his casibus sufficit sola scientia sine citatione —; ad v. actio]: sed quid? hi quos res tangit vident alium agere et tacent, numquid fit eis praeiudicium? sc. quando officium iudicis imploratur super restitutione in integrum vel huiusmodi. Rn. non, nisi citentur nominatim vel per edictum. — Alias autem non nocet eis. Nec obstat regula hic posita res inter alios etc., quia in casu posito, ex quo citatio facta est, intelligitur contra omnes iudicatum, qui sciverunt, vel scire debuerunt. — Vgl. auch Baldus ad c. 38 X. de test. (2,20) nr. 6 („et sine citatione" — „eo non citato"); Jo. ab Jmola ad c. cum super cit. X. de sent.: — videtur quod sententia etiam lata cum alio habeat nocere tertio qui fuit vocatus seu citatus. Vgl. Note 29.

[26]) Formulare advocatorum curiae Romanae (zusammengestellt in der ersten Hälfte des 15. Jahrh., s. darüber Bethmann-Hollweg, Civilprocess in gesch. Entwicklung VI. S. 265. 266), de devolutione causarum ad Romanam curiam tit. 16 (fol. 5; ich citire im Folgenden die Folienzahlen nach der Ausgabe Hagenau 1503.) Zu vgl. auch (aus dem 14. Jahrhundert) Decisiones Rotae Romanae antiquiores, de rescriptis, dec. 2 (ich citire im Folgenden nach den späteren Ausgaben, welche die Entscheidungen nach der Titelfolge der Decretalen ordnen, z. B. Kölner Ausgabe von 1581, Lyoner von 1658): Quando comittitur causa contra talem et alios quorum interest (s. dec. 1 eod.), an actor in primo citatorio debeat specificare illos, quorum interest, et an virtute illius clausulae posset ultra quatuor convenire, ut sic habeat locum c. cum in multis. de rescript. libr. 6 (c. 2 VI. 1,3). Et videtur, quod possint multi conveniri; ar. no. per Innoc. X. de except. c. dilecti. Fuit obtentum inter dominos et decretum, quod illud c. non servatur in commissionibus, quae fiunt in Palatio Auditoribus, — (quae non sunt adeo restringendae, quemadmodum commissiones quae fiunt ad partes iudicibus delegatis, quae tendunt in enervationem seu diminutionem iurisdictionis ordinariae) etc. —

das Wissen vom Rechtsstreit allein dem Dritten nicht schaden würde; so z. B. wenn gegen den Besitzer eines Beneficiums von einem angeblich zum Besitz Berechtigten Klage auf Räumung erhoben ist, und nun auf Antrag des Klägers andere Personen beigeladen werden, welche gleichfalls ein Recht an dem streitigen Beneficium prätendiren.

Das Formulare advocatorum curiae Romanae enthält zahlreiche Beispiele [27]) solcher Commissionen mit der Clausel: „et alios sua interesse putantes"; so heisst es z. B. dort unter der Rubrik: „Commissio super ecclesia parochiali:" [28])

> Dignetur Sanctitas vestra causam et causas quam et quas — N. — habet et movet habereque et movere vult et intendit contra et adversus quendam Jo. — adversarium, omnesque alios et singulos sua communiter vel divisim interesse putantes de et super parochiali ecclesia N. — quam quidam B. dum vixit obtinebat — alicui ex Rotae — auditoribus committere audiendas cognoscendas fineque debito terminandas — cum potestate dictum Jo. omnesque alios et singulos supradictos et in executione citationis praesentium vigore ad partes decernendae nominandos — citandi etc.

Auch beantwortet das Formulare selbst die Frage nach der Bedeutung dieser Clausel: [29])

---

[27]) In dem Abschnitt Commissiones diversarum materiarum (fol. 25 ff.) vgl. tit. 1. 2. 5. 16—19 (fol. 29).

[28]) Tit. 1 cit.. Vgl. damit Form. adv., De devolutione causarum tit. 16 i. f.: Etiam circa hoc nota, quod sive illa clausula „et alios sua interesse putantes" in principio originalis commissionis sive primo ponatur, puta: contra et adversus A et B et alios sua interesse putantes, sive ponatur dumtaxat in fine circa illud: cum potestate citandi A et B et alios sua interesse putantes, tenet modo practica Rotae quod utroque casu datur iurisdictio.

[29]) De devolutione causarum ad Ro. cu. tit. 16 Pro interesse (fol. 5). Vorher wird der Interessent angewiesen zu erwägen, ob ihm der Beitritt zum Process auch nütze; nütze ihm der Beitritt nichts, so solle er einen neuen Process anhängig machen vor demselben oder einem anderen Auditor der Rota; es ist also sein „Interesse" in einem schon jetzt ihm zustehenden Anspruch begründet, und er wäre an sich zum Beitritt nicht genöthigt. Uebrigens wird, dass die Stelle die ihr hier gegebene Beziehung wirklich hat, durch die weiter unten anzuführenden Stellen des Formulare und der Decis. Rot. Rom. ausser allen Zweifel gestellt. Item, heisst es, est alius modus veniendi ad causam scil. pro interesse. Et tunc tertius qui vult intervenire pro suo interesse videat an sibi hoc expediat, quoad considerare potest. Si enim iura producta et probationes in causa factae plus sibi prosunt quam nocent tunc est bonum ut veniat pro suo interesse. Alias melius est, ut inchoet novam litem sive novum iudicium coram eodem vel alio auditore. Et si expediat sibi venire pro suo interesse, videat an ipse sit comprehensus in prima commissione data iudici, nominatim vel sub clau-

Quid — operatur generalis clausula quae ponitur in commissione „et alios sua interesse putantes?“ An praeiudicat eis contra quos fertur?

Dic quod sua interesse putans non tenetur venire licet possit venire ad causam, nisi sit citatus in specie et nominatim secundum formam Clem. causam (c. 3 de elect. 1, 3) et tunc praeiudicat sibi sententia.

Aber wozu der Dritte durch den Willen einer Partei genöthigt werden könnte, sollte er das nicht auch, wenn er es in seinem eigenen Interesse findet, freiwillig thuen dürfen? „Potest venire ad causam;“[30]) die Doctrin wie die Praxis antworten entschieden mit Ja. Wo der Zwang, da besteht ja natürlich auch das Recht zur „Opposition“. Aber das Recht zur „Opposition“ besteht für den Dritten auch schon dann, wenn er durch die Präclusionsdrohung dazu gezwungen werden könnte; mit anderen Worten, wenn er ein mit dem vom Kläger behaupteten unvereinbares Recht prätendirt.

Die Behauptung eines den Klaganspruch ausschliessenden Rechtes ist geeignet, die Befugniss zur Opposition zu begründen. — Mit diesem Satze[31]) stimmt auch die weltliche Doctrin und Praxis überein. Er gilt namentlich auch im Falle der l. is a quo (57) D. de rei vindicatione (6,1).[32]) Hier aber hat das weltliche Recht eine eigenthümliche Wendung genommen.

Zwar wird gegen die praktische Geltung dieser Stelle weder von Canonisten noch von Legisten irgend welches Bedenken geäussert.[33]) Ist von zwei Seiten zugleich die rei vindicatio auf Herausgabe derselben Sache gegen denselben Beklagten erhoben, so hat der erste Sieger dem Beklagten auf sein Verlangen Caution zu leisten, dass er ihn gegen die Ansprache des anderen Klägers vertreten werde. Hat der Beklagte diese Caution erlangt, so gilt er als noch besitzend, braucht aber dem zweiten Sieger nur sein Recht aus der Caution abzutreten. Der erste Sieger muss die Entscheidung

---

sula generali scilicet alios sua interesse putantes. — Si vero non sit comprehensus prima commissione, tunc obtineat novam commissionem in qua petat se admitti pro suo interesse. —

[30]) Form. adv. I. 16 cit. Vgl. auch Decis. Rot. Rom. antiquiores, de rescriptis Dec. 1 (unten Note 173a).

[31]) Belege dafür werden sich aus der nachfolgenden Darstellung in Fülle ergeben.

[32]) Natürlich auch in dem entsprechenden Falle der l. pen. (58) D. de hereditatis petitione (5, 3).

[33]) Vgl. z. B. die Glosse, Bartolus, Baldus, Angelus de Ubaldis, Rafael Fulgosius, Jason zu dieser Stelle; auch Jo. Petrus de Ferrariis, Practica, Form. libelli in actione reali, gl. condemnetis] nr. 4. 5. Die Canonisten besprechen die l. is a quo bei c. cum super de sent. und c. veniens de test. citt.

des anderen Processes gegen sich gelten lassen, kann aber darum auch die Vertheidigung des Beklagten, selbst wider dessen Willen, übernehmen. Unterlässt es aber der Beklagte, die Caution zu verlangen, so gilt er als Einer, qui dolo desiit possidere.[34])

Aber in der Praxis der weltlichen Gerichte bildet sich ein anderes Verfahren[35]) aus. Zur l. si suspecta (29) D. de inoff. test. (5,2) berichtet Albericus de Rosciate von einer Vorsichtsmassregel, deren kluge Advocaten sich zu bedienen pflegten:

> Et per hanc legem cauti advocati resistunt quidam fraudi, quae quandoque fit in causis. Peto rem aliquam ab aliquo Publiciana, ille supponit alium, qui petit, et patitur se vinci et illi restitui rem; sed postea condemnatur mihi; dicit se restituere non posse, quia alii restituit D. de rei vindicatione l. sin autem (27) § 1; l. is a quo. Unde denunciant ipsi, quod, si contingat sibi causam moveri, sibi notificet, cum velint adesse ipsi causae propter interesse suum per hanc legem cum concordantibus et pro hoc X. de off. del. (1,15) super eo (3) i. fin.[36])

Weiter erscheint diese Praxis in einzelnen Statutarrechten entwickelt. Diese legen nämlich dem Beklagten die Verpflichtung auf, ohne Weiteres dem ersten Kläger Anzeige zu machen, wenn er von einem Dritten auf Herausgabe derselben Sache belangt werde, auf dass Jener, wenn er wolle, dem zweiten Process beitrete; unterlässt der Beklagte diese Anzeige, so soll nach den Statuten von Cremona und von Casalmaggiore[37]) der zweite Process, sofern er dem Kläger vortheil-

[34]) Schon gl. datum esset] ad. l. is a. quo cit.: hic — est in culpa, quia non exegit cautionem; vgl. Albericus de Rosciate in der folgenden Note, womit die oben Citirten übereinstimmen.

[35]) Es hängt das zusammen, mit einer anderen auch in der Glosse vertretenen Ansicht, dass der Beklagte, der dem ersten Sieger restituirt habe, in dem anderen Process absolvirt werden müsse; gl. cum res] ad l. pen. D. de her. pet. (5, 3): Cum non habeat rem victus nec dolo desiit habere et sic non tenetur, im Widerspruch mit der oben citirten Glosse datum esset] ad l. is a quo cit. Vgl. damit Albericus de Rosciate ad l. is a quo]: Jacobus de Ra. (Ravanis † 1296) reprobat glossam — quae dicit, quod, si possessor restituisset primo, qui obtinuit per sententiam, absolveretur a secundo, hoc enim falsum est quia in dolo fuisset restituendo sine cautione.

[36]) Vgl. damit die Bemerkung zur l. pen. D. de hered. pet. (5,3), welche, nach der Subscription in der von mir benutzten Ausgabe des Albericus (Venetiis 1585), von Guido de Suzaria († zwischen 1283 und 1292) herrührt: — Item poterit iste primus petitor adesse causae secundi petitoris, ne cum eo colludatur s. de inoff. test. l. si suspecta. — Gui. de Su.

[37]) Die Statuten von Cremona sind aus dem Jahre 1387; die betr. Bestimmungen der Statuta Casalis maioris und der von Lucca reichen gewiss auch in das vierzehnte Jahrhundert zurück. Stat. Cremonae

haft ausgeht, nichtig sein, nach den Statuten von Lucca[38]) der Beklagte haften wie Einer, qui dolo desiit possidere, und diese letztere Wirkung dürfte denn auch die von Albericus bezeugte Praxis an die Unterlassung der Anzeige geknüpft haben.

Welche Stellung aber im Process nimmt der „Dritte“ ein, der, sei es freiwillig, sei es gezwungen, dem Kläger Opposition macht?

Mit dem deutschrechtlichen Satze, dessen Spuren wir im canonischen Gewohnheitsrechte gefolgt sind, stand im engsten Zusammenhang[39]) der Mangel jener klaren, bestimmten, man möchte sagen, plastischen Gestaltung des Parteiverhältnisses, nach innen wie nach aussen, jener scharfen Erfassung und Sonderung der Parteirollen, wie sie die Frucht vor Allem der Disciplin des römischen Formularprocesses ist. Nicht stellt sich, nach mittelalterlichem deutschem Recht, der Process dar als ein nach aussen abgeschlossenes, nach innen bestimmtes Rechtsverhältniss zwischen Kläger, Beklagtem und Richter; „die übrigen Gemeindegenossen ausser Kläger und Beklagtem sind nicht ausgeschlossen vom Rechtsstreit.“[40]) Die Parteien sind die an dem Verhandlungsgegenstand zunächst betheiligten Gemeindegenossen, und wenn in den Streit zweier Genossen mit der Behauptung eines sie Beide ausschliessenden Rechtes ein Dritter hineintritt, so ist er nicht minder „betheiligt“, als sie. Nicht von minderem Gewicht ist seine Behauptung, nicht mit minderer Kraft fordert sie, im Widerstreit mit den Be-

---

c. 323: Item cum his temporibus malitiae magnae fuerint factae et excogitatae in processibus causarum, quia cum actor convenerit reum Publiciana vel hypothecaria vel alia actione, reus celate supponit et ordinat, quod quidam alius tertius eum conveniat ad eandem rem et sibi facit positiones et eas confitetur et sententiam proferri facit contra se et lata sententia restituit rem in fraudem primi et ad excludendum primum, idcirco — statutum — est, quod, si, postquam quis convenerit alium ad aliquam rem, superveniat tertia persona vel secunda, quae convenit talem prius conventum, talis conventus teneatur hoc denunciare priori actori, ad hoc, ut prior actor adesse possit secundae causae et iura proponere et porrigere et aliter processus facti in favorem secundi vel tertii non valeant. Wörtlich gleichlautend Stat. Casalis maioris R. quod conventus teneatur denuntiare priori actori quando conveniatur ad eandem rem a tertio.

[38]) Stat. Lucensia I. c. 109 (der reformirten Statuten) De executione sententiae latae in actione reali vel mista v. f. Si contra aliquem agatur actione reali vel in rem scripta vel mista vel actione ex testamento ad rem tradendam et pendente lite de eadem re ipse reus conveniatur ab alio in eadem curia vel diversa, teneatur denunciare illi primo petitori ut veniat ad curiam defensurus rem ipsam contra secundum petitorem et ad dicendum et ostendendum de iure suo — et si praedictus reus non denunciaverit — intelligatur possidere vel dolo desiisse possidere. —

[39]) Vgl. Planck, Gerichtsverfahren, I. S. 169.

[40]) Vgl. Planck, Gerichtsverfahren, I. S. 168 ff.

hauptungen der anderen Genossen das Urtheil des Gerichtes. Und von Relevanz ist sie nicht minder gegenüber dem ersten Angreifer wie gegenüber dem erst Angegriffenen. Auch der Gegensatz der Parteirollen untereinander ist kein scharf ausgeprägter im deutschen Process; und auch die Nichtbesitzer können mit wechselseitiger Klage um den Besitz des Gutes streiten; [41]) können sie es ja auch so, dass der Besitzer des Gutes von Anfang an ausser Streit bleibt, wenn er sich selber ein Recht auf den Besitz nicht zuschreibt.[42]) Indem also der Dritte mit seiner die beiderseitigen Parteibehauptungen ausschliessenden Rechtsbehauptung in den Process hineintritt, ist der zwischen Zweien begonnene Streit ein Streit unter Dreien geworden. Die Behauptungen der beiden ersten Streitenden sind nicht mehr allein unter sich abzuwägen, sondern auch gegen die Behauptung des Dritten; das Urtheil des Gerichtes kann nicht mehr Entscheidung bloss unter Zweien, es muss nothwendig Entscheidung unter allen Dreien sein; ist die Behauptung des Dritten gegenüber den Behauptungen der beiden Ersten von gleicher Relevanz, wie die Behauptungen der beiden Ersten unter sich, so kann nicht über die Behauptungen der beiden Ersten entschieden werden, ohne dass auch entschieden würde über die Behauptung des Dritten. Die Möglichkeit aber einer solchen Entscheidung ergibt sich aus der Natur[43]) des deutschrechtlichen Urtheils als eines alle Betheiligten bindenden[44]) Ausspruches darüber, was für den gegebenen Fall[45]) Rechtens sei. Condemnation, Verurtheilung ist nur denkbar von Partei zu Partei; ein Ausspruch des Gerichtes aber darüber, was in dem vorliegenden Falle Rechtens sei, eine Urtheils**feststellung** mit einem Wort, kann mit bindender Kraft unter unbeschränkt vielen Betheiligten auf einmal wirken, kann mit einem Schlage die mannigfaltigst sich kreuzenden Widersprüche auseinandersetzen, kennt keine Beschränkung durch die Zahl.[46])

Aber dem römischen Processrecht hatte der römisch-canonische Civilprocess des Mittelalters entnommen die genaue Präcisirung und scharfe Sonderung der Parteirollen. Ein negotium, ein actus trium personarum ist der Process, des

---

[41]) Vgl. **Planck**, Gerichtsverfahren, I. S. 170 Nr. 2.

[42]) Vgl. **Planck**, Gerichtsverfahren, I. § 68. 79.

[43]) Vgl. **Planck**, Gerichtsverfahren, I. § 43.

[44]) Freilich erst durch die Mitwirkung des Richters, s. **Planck** a. a. O. S. 312 u. 313 u. § 40.

[45]) Insofern das Urtheil **bloss** beabsichtigt, Rechtszeugniss zu sein, bleibt es hier ausser Betracht.

[46]) Ihrem Zwecke nach durfte wohl die vorstehende Ausführung über das deutsche Recht eine nur skizzenhafte bleiben; ich erlaube mir, besonders hinsichtlich der Belege, auch zu verweisen auf **Feststellungsklage** I. § 1. 3.

actor, des iudex, des reus. Von dem Kläger wird verlangt ein bestimmtes sachliches Petitum, nicht genügt, um die Streitbegründung herbeizuführen (wie nach mittelalterlichem deutschem Processrecht[47])), die rechtlich relevante Schuldigung, mit der Bitte um richterliches Antwortgebot.[48]) — Auch die Stellung des „Tertius" im Process muss genau präsicirt werden.

Seine processuale Thätigkeit wird bezeichnet als ein Widersetzen, Widersprechen, ein opponere, contradicere. Ad opponendum wird er citirt, ad opponendum wird er zugelassen, ist er befugt.[49])

Aber das „opponere", in der Sprache der mittelalterlichen Juristen, ist zweideutig; es kann sein opponere durch Vertheidigung, es kann auch sein opponere durch Klage, agendo;[50]) es bezeichnet nur die Gegnerschaft, nicht die Qualität derselben.

Soll in das zwischen diesem Kläger und diesem Beklagten fixirte Processverhältniss ein Dritter eingelassen werden, so kann er das, wie es nach römischem Rechte scheint, nur in in der Eigenschaft eines „accessorischen" Intervenienten. Wenn die Entscheidung eines Processes, über die Parteien hinaus auch gegen einen Dritten Rechtskraft erlangen soll,[50a]) so ist, nach römischem Recht, der Dritte befugt zur („accessorischen") Intervention; und so ist denn auch die Stellung, in welche der Dritte, durch die Präklusionsdrohung genöthigt, eintritt, die Stellung eines accessorischen Intervenienten.[51]) In

---

[47]) Planck, I. S. 358; auch Feststellungsklage S. 3 u. 4.

[48]) Belegstellen hierzu anzuführen, wäre überflüssig; ein Blick in irgend welche mittelalterliche Schrift „de ordine iudiciorum" liefert den Beweis. S. auch Wach in Grünhut's Zeitschrift VI. (1879) S. 521.

[49]) Vgl. z. B. ad c. super eo (15) X. de off. deleg. (1,29) gl. sed partibus]: — Omnes possunt se opponere, quos negotium tangit, mit Hostiensis, apparatus, zu derselben Stelle: haec sunt bona argumenta quod quis admittatur ad contradicendum in audientia curiae. Vgl. auch die oben Citirten zu c. mandatum X. de rescriptis und c. cum super X. de sent.; von den weiterhin zu citirenden Stellen werden zahlreiche diesen Sprachgebrauch ergeben.

[50]) Vgl. namentlich Innocentius IV. ad c. dudum (54) X. de elect. (1,6) ad v. electionem]: No. illos qui se opponunt electionibus posse excipere vel agere, dem die Späteren folgen; Gleiches wird auch bemerkt ad c. dilecti (8) X. de exeptionibus (2,25), z. B. Hostiensis, apparatus, ad v. a quibusdam]: poterant autem huic electioni se opponere agendo vel excipiendo. Vgl. auch Feststellungsklage Seite 75.

[50a]) Ob nur in diesem Fall Intervention zulässig, ist eine andere Frage, auf die hier nicht näher einzugehen ist; vgl. darüber A. S. Schultze, die Nebenintervention (Berlin 1880) S. 15 ff. gegen Wetzell, System (Ausg. III.) S. 49.

[51]) Innocentius IV. ad c. mandatum cit.: — Ipse praesentans primo — se opponere potest, quia sua interest et pro suo iure appellare ut c. 2 q. 6, non solent. — Jo. Andreae zu derselben Stelle: Primo praesentans potest se opponere, alias sibi scienti — pararetur praeiudicium — admittitur autem — ut assistens capitulo et docebit de

die gleiche Stellung **kann** er eintreten, indem er freiwillig dem Kläger sein besseres Recht entgegensetzt.[52]

Ist doch, sicherlich nach mittelalterlichem italienischem Processrecht, **nothwendige** Voraussetzung der accessorischen Intervention keineswegs, dass der Intervenient das in **diesem** Process ergehende Urtheil gegen sich gelten lassen müsse; vielmehr begründet **jedes** Interesse, welcher Art es auch sein mag,[53] wenn es nur bescheinigt ist, die Befugniss zur accessorischen Intervention. Und ein „Interesse" **hat** der Dritte daran, schon jetzt, in **diesem** Process, sein besseres Recht dem Kläger gegenüber darzuthun.[53a]

Das opponere des Dritten ist opponere im Wege der Vertheidigung. Er hat, als accessorischer Intervenient, die Befugniss, Vertheidigungshandlungen im fremden Process mit processualer Wirksamkeit vorzunehmen, mit Wirksamkeit **für** den Beklagten, obgleich in **eigenem** Namen kraft **eigenen** Rechtes, zu handeln. Diese seine Befugniss reicht so weit und nicht weiter, als sein Interesse reicht; sein Interesse aber besteht darin, dem ersten Kläger gegenüber sein besseres Recht zu bewähren. Er ist befugt, sein besseres Recht zur Vertheidigung des Beklagten zu verwerthen, aber er ist auch nur durch Verwerthung seines besseren Rechtes befugt, den Be-

---

iure suo et invito capitulo et ipso A. docente de suo iure absolvetur capitulum ab impetitione B. de re iudic. cum super. — **Zabarella** (Cardinalis) zu ders. Stelle.

[52]) C. cum super (17) X. de sent. et re iudic. (2,27) und die Commentatoren zu dieser Stelle; **Innocentius** IV. ad c. veniens (13) X. de spons. (4,1), v. restiterint]: Nisi proponendo de iure scilicet quod ipse T. (reus) non sit maritus H. sed suus; nam hic illa, quae dicitur superinducta, potest proponere coram ipso iudice delegato vel etiam ordinario, licet alias non sit eius ordinarius vel delegatus, et post sententiam potest appellare et executionem sententiae de iure impedire; — licet tertia persona, quae dicit se **potiorem** in matrimonio, sit admittenda ut assistat illi qui **principaliter** convenitur super matrimonio, non tamen sibi est praeferenda in persecutione. Ebenso **Hostiensis** und die Späteren zu derselben Stelle. — **Decisiones Rotae Romanae, Novae**, de re iudicata, dec. 20: — Post diffinitivam sententiam latam pro A. contra B. — quidam C. obtinuit causam **de novo** committi contra A. habentem sententiam pro se. — Si dictus C. pro suo interesse a dicta sententia — appellasset et de suo interesse docuisset iuxta ea quae leg. et not. in c. cum super — omnia acta illius iudicii — fidem facerent — inter A. et C. vgl. **Dec. antiquae** eod. tit. dec. 11.

[53]) Die **Canonisten** ad c. cum super X. de sent. cit.; die **Legisten** namentlich ad l. a sententia (5) D. de appell. (49,1); vgl. auch **Hostiensis**, Summa II. de appell. nr. 3: — quis possit appellare. Is cuius interest, sive contra eum sit lata sententia — sive contra alium, si sua tamen intersit — et hoc **qualitercunque** intersit.

[53a]) S. Note 52; vgl. namentlich auch **Baldus** ad c. cum super cit. nr. 12. Admittitur quis ad contradicendum etiam si ipso iure sit tutus, quia expedit sibi, quod de iure suo constet in iudicio, vgl. mit nr. 8 ff.

klagten zu vertheidigen, seine Handlungen sind von Wirksamkeit für den fremden Process nur insoweit, als sie zum Nachweis seines besseren Rechtes dienen.[54])

In diesem Umfang also ist er befugt, auch wider den Willen des Beklagten und auch gegen sein Geständniss[55]), selbständig Behauptungen aufzustellen, Beweismittel zu produciren,[56]) wenn der Beklagte contumax ist, den Process allein fortzuführen,[57]) selbständig Rechtsmittel einzulegen und zu verfolgen.[58])

Selbstverständlich, dass seine Intervention ihn nicht hindert, mit eigener Klage gegen den Beklagten vorzugehen. Kein Zweifel, dass dann auch der erste Kläger befugt ist, accessorisch in diesem Process zu interveniren. Möglich dann ferner, dass, wenn beide Processe bei demselben Gerichte anhängig sind, das Gericht ihre Vereinigung decretire. Eine derartige Combination zeigt noch im fünfzehnten Jahrhundert ein interessantes Consilium des Alexander Tartagnus.[59])

---

[54]) Jo. Andreae ad. c. mandatum X. de rescriptis cit.: — admittitur — A. ut assistens capitulo — isto tamen casu A. non admittitur ad dicendum contra litteras vel contra personam ipsius B. (actoris) sed solum ad docendum ius suum: ratio quia B. non agit contra A. sed contra capitulum et exceptio est actionis exclusio. Vgl. Zabarella zu derselben Stelle. Baldus ad l. Titia (34) D. sol. mat. (24,3) nr. 3: — (Quarto) — quando tertius admittitur ad excipiendum? et dicit Spe. (Speculator, Durantis) quod is contra quem non agitur non admittitur ad excipiendum in tit. de rescri. § ratione v. sed pone tu. Sed pone tu rationem, quando exceptio non tangit ius opponentis, ut si ista filia vellet opponere patri, quod esset excommunicatus, non admittitur exceptio — sed quando exceptio tangit ius opponentis, bene admittitur —.

[55]) Die Legisten s. ad l. si suspecta (29) D. de inoff. testam. (5,2) (z. B. Albericus de Rosciate: potest testes producere — et probare contra eius confessionem) und ad l. si perlusorio (14) D. de appell. (49, 1) (sed et agere causam). Auch vgl. l. 5 § 3 D. de app. (49, 1) (Vergleich).

[56]) Die Comm. z. d. Stell. in N. 55 und ad Auth. nunc si heres (tit. Cod. de litigiosis 8, 36); vgl. z. B. gl. adesse] ad l. si suspecta: Sed an possint legatarii producere testes illo nolente producere? videtur quod non, quia non est dominus litis per contestationem; sed contra puto quod sic, quia est particeps litis; auf die sehr casuistische Behandlung dieser Frage in der Doctrin gehe ich hier nicht näher ein.

[57]) Vgl. hier namentlich auch Lucas de Penna (Zeitgenosse des Bartolus) ad l. apparitores (5) C. de exac. trib. (10, 19) nr. 4.

[58]) S. hier ferner noch die Legisten ad l. a sententia (5) D. de app. (49, 1) und das vielcitirte Consilium 255, incip. contra provisionem des Oldradus († 1335.) Die Canonisten handeln von der accessorischen Intervention namentlich bei c. cum super X. de sent., auch bei c. veniens X. de test. citt.

[59]) † 1477. Consil. lib. V. 101. Inc. visis omnibus. Visis omnibus actis causae vertentis inter Lingueriam ut heredem dominae Cochae agentem tam inter Bernardum ac — heredes Antoniae quondam uxoris dicti Bernardi principaliter conventos et Magdalenam pro suo interesse se opponentem, quam etiam inter dictam Magda-

Es ist die actio hypothecaria[59a]) erhoben auf Herausgabe einer von den Beklagten (beziehentlich ihrer Erblasserin) verpfändeten Vermögensmasse, und zugleich wird, von anderer Seite, gegen dieselben Beklagten auf Grund eines äusserlich fehlerlosen Testamentes Einweisung in den angeblich von ihnen besessenen Nachlass eines Dritten beantragt.[59b]) Da dieser Nachlass sich unter der als verpfändet beanspruchten Masse befinden soll, so opponirt der Missionsimplorant, als accessorischer Intervenient, der Pfandklage, während der Pfandkläger sich in gleicher Rolle dem Missionsantrage widersetzt, und nun werden beide Processe gemeinschaftlich mit einander verhandelt. Da die Beklagten anscheinend dem Missionsantrage nichts entgegengesetzt haben, gegenüber der Pfandklage aber sich in contumacia befinden, so handelt es sich jetzt allein um die Berechtigung der beiden Interventionen. Tartagnus ist zwar der Ansicht, dass sie beide unstatthaft seien; aber im Wesentlichen nur aus dem Grunde, weil im vorliegenden Falle, welche Sachen zu der einen und zu der anderen Masse gehören, erst in der Executionsinstanz zu entscheiden sei.[59c])

Aber eine derartige Combination ist abhängig davon, dass die Competenz desselben Gerichtes für beide Klagen begründet sei, sie ist abhängig von dem Willen des ersten Klägers, seinerseits auch im Processe des Dritten zu interveniren, von dem Willen des Gerichtes, die beiden Processe mit einander zu vereinigen.

---

lenam agentem et dictum Bernardum ac heredes d. Antoniae principaliter conventos et dictum Lingueriam se pro interesse suo petitioni Magdalenae opponentem et contradicentem — circa primam causam electus sum ad consulendum an Litigueria mittendus sit in possessionem bonorum dicti Bernardi et dictorum heredum Antoniae secundum formam statutorum in eorum contumaciam, attento quod ex opposito pro parte Magdalenae principaliter allegata sunt duo; primum est quod M. habet potiora iura, secundum est quod data fuit dilatio procuratori M^ae^ ad probandum de interesse suo in causa in qua Lingueria est actor — et ex adverso per Lingueriam dicitur se habere meliora et potiora iura, opponendo plura contra testamentum Franciscae productum pro parte Magdalenae etc.

[59a]) Dies geht hervor aus nr. 3 vbd. mit 2: — si non statuatur secunda dilatio Magdalenae, cum in hoc iudicio ipsa non probaverit se habere potiora iura, mittetur Lingueria in possessionem bonorum quae possidentur per reos conventos et eo ipso quod possidentur praesumuntur esse de bonis ipsorum reorum — 3. sed si concedatur secunda dilatio, mittetur M. in possessionem eorum bonorum, quae per dictum B. etc. possidentur, quae possidebantur per d. Franciscam tempore mortis suae, et si Lingueria postea velit agere contra Magdalenam tanquam contra tertium possessorem ad ista bona tanquam hypothecata sibi per Bernardum et Antoniam habebit necesse probare vere quod spectabant ad B. et A. iure dominii vel quasi.

[59b]) Dies geht hervor aus nr. 9, s. N. 59c.

[59c]) S. nr. 7 — infero partes Domini Potestatis esse in hac prima causa pronunciari —: d. Lingueriam mittendum esse in possessionem bonorum d. — reorum pro quantitate l. 200 — (8) — quo autem ad

Als accessorischer Intervenient aber kann der Dritte nichts weiter als die Abweisung des Klägers erlangen. Es fragt sich: soll ihm nicht die Möglichkeit gegeben werden, die Processhandlungen, die er als accessorischer Intervenient in dem anhängigen Rechtsstreite vornimmt, die Behauptungen, die Beweise, die er in den fremden Process einführt, auch zur Verurtheilung des Beklagten zu verwerthen, zu verwerthen zu einem Urtheil, welches sein Recht, auch gegenüber dem ersten Kläger, rechtskräftig feststellt, ebenso wie ja er, auch wenn er freiwillig intervenirt hat, zufolge seiner Intervention, die Entscheidung des fremden Rechtsstreites gegen sich gelten lassen muss?[60]) Das deutsche Recht hatte das Problem gelöst, indem es den Dritten als Partei dem Kläger wie dem Beklagten gegenüberstellte, und ein Urtheil unter Allen entscheiden liess. Und dieselbe Lösung begegnet uns in der canonischen Praxis, wie in der weltlichen Praxis Italiens, trotz der hervorgehobenen Verschiedenheit in den Grundlagen des deutschen und des römisch-canonischen Processes.

Wir betrachten zunächst die canonische Praxis, die canonische Praxis in Beneficialsachen, denn an diesen hat sich die Principalintervention entwickelt.[61])

„Pro interesse suo" tritt der „Tertius" in den anhängigen Process hinein;[62]) aber er tritt hinein als Kläger; „intentat

---

secundam causam — (M$^{\underline{ae}}$) — dico — (pronuntiandum): Magdalenam esse mittendam in possessionem bonorum heriditatis Franciscae — eo ipso quod M. producit testamentum Franciscae non cancellatum — nec etiam est necesse exprimere et specificare bona, sed nuntius postea lata sententia habet hoc investigare. Daraus ist zu erklären nr. 7 — quod autem in ista causa non habeat M. potiora iura luculenter apparet quia nihil ipsa probavit nec ostendit quod in bonis Bernardi etc. habeat aliquod ius — licet allegaverit se habere ius in bonis hereditatis Franciscae (et) quod praedicta bona hereditaria possidentur per B. etc. — Vel saltem, fährt er übrigens dann fort, negari non potest, quod nondum constat, quod bona quae possident B. etc., sint de bonis hereditatis Franciscae. Und ferner ist daraus auch zu erklären nr. 9 — et quoad illa bona hereditatis Franciscae Lingueria non fuit nec est legitimus contradictor, quia non praetendit titulum testamenti cuius vigore se mitti petat in possessionem bonorum hereditariorum. — Die übrigen Gründe interessiren hier weiter nicht. Die Darstellung des Consiliums ist übrigens ungeheuer weitläufig und verwirrt.

[60]) Es wird das gefolgert aus l. 63 D. de re iud. (42,1): Si libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur. Die Canonisten vgl. ad c. cum super X. de sent. cit. z. B. Innocentius IV. (ex quo defendi, per consequens proderit mihi sententia vel nocebit), Jo. Andreae, Ant. de Butrio; etwas einschränkend Jo. de Imola (auf den Fall, dass von dem Tertius oder gegen denselben ad idem ageretur).

[61]) Wie die sämmtlichen anzuführenden Belege ergeben.

[62]) Wenn der Process vor einem beauftragten Richter anhängig ist, auf Grund der Commissionsclausel „et alios sua interesse putantes."

petitorum" und zwar gegen Beide, gegen Kläger wie gegen Beklagten: „contra quemlibet deducit ius suum"; er libellirt gegen Beide, er artikulirt gegen Beide. Pro interesse suo tritt er auf, aber er tritt auf als Partei, der Streit ist jetzt ein Streit unter Dreien: „Tres contendunt de beneficio." Er opponirt, aber sein opponere ist ein opponere agendo.[63]) Möglich auch, dass der Dritte nur gegen den ersten Kläger klagt, weil der Beklagte sein Recht nicht bestreitet.

Diese Sätze ergeben sich mit unumstösslicher Gewissheit aus älteren Sammlungen von Decisionen der Rota Romana;[64]) sie erhalten ihre Bestätigung und Erläuterung durch das Formulare advocatorum curiae Romanae, durch die canonische Doctrin, und finden ihr Gegenbild in der weltlichen Doctrin und Praxis.

Was das Alter dieser Decisionen betrifft, so sind die von dem Auditor Rotae Th. Fastoli zusammengestellten aus den Jahren 1336 und 1337, die „Novae" im Auftrag der Rota von dem Deutschen Wilhelm Horborch, Legum Doctor und Auditor Rotae, (über ihn s. Muther, z. Gesch. d. Rechtswissensch. i. Deutschl. S. 105 f.) in den Jahren 1376—1381 aufgezeichnet. Die „Antiquae" sind eine gleichfalls im vierzehnten Jahrhundert, unter den Päpsten Innocenz VI., Urban V. und Gregor XI., entstandene Privatsammlung von allerlei Notizen über die Curialpraxis.[64a])

Die „Antiquiores", von dem Auditor Bern. de Bisigneto gesammelt, sind jedenfalls älter als die Novae, da sie zwar den Cinus[65]) citiren, nicht aber den Bartolus, der bereits in den „Novae"[65a]) citirt wird; sie citiren aber schon sämmtliche Commentare des Joannes Andreae,[66]) auch

---

[63]) Vgl. unten Note 94, Text bei Note 129 und Note 146.

[64]) Wunderbarer Weise scheinen diese Decisionen in der neueren Processliteratur ganz verschollen. Wetzell z. B. citirt sie in seinem System m. W. nicht einmal, so wenig er sonst sparsam im Citiren ist. Und doch sind sie auf die Ausbildung auch des gemeinen deutschen Processrechts von nicht geringem Einfluss gewesen, namentlich mittelbar durch ihren Einfluss auf das Reichskammergericht. Die Kammergerichtsordnung von 1507 nimmt wiederholt auf sie Bezug; z. B. vgl. Bergmann, Corpus iuris iudiciarii (1819) S. 32 N. 6. S. 37 N. 2. S. 39 N. 5. S. 45 N. 7.

[64a]) Vgl. u. A. de elect. dec. 1 (alias 124), de rescr. dec. 75 (al. 610), de elect. dec. 9 (al. 745), de rescr. dec. 78 (al. 783), de off. deleg. dec. 4 (al. 794), de iudic. dec. 18 (al. 817). — Ich bemerke, dass die Ausgaben, namentlich die späteren, und besonders in den Zahlenangaben, von Druckfehlern wimmeln.

[65]) Vgl. z. B. den Tit. de pactis.

[65a]) Vgl. z. B. de litis contestatione dec. 5.

[66]) Die Novella in Sextum fällt zwischen 1334 u. 1342, s. v. Schulte, Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts, II. (1877) S. 219.

„Doctores in Clementinas“, von welchen Jo. Andreae[66a]) der Früheste.[67])

Richard, Robert und Thomas streiten unter einander um ein Beneficium.[68]) Richard hat gegen den Robert zunächst die Spolienklage erhoben, das Petitorium gegen ihn suspendirt und ist per sententiam restituirt worden.

Robert seinerseits hat inzwischen gegen den Thomas gleichfalls die Spolienklage erhoben, gleichfalls das Petitorium gegen ihn suspendirt, ist aber in erster Instanz unterlegen und hat appellirt. Während die Appellation noch schwebt, lässt Robert den Richard (nachdem dieser gegen ihn mit der Spolienklage gesiegt hat und restituirt worden ist) citiren, um jetzt in petitorio vorzugehen; und nun verlangt auch Thomas, „quia sua interest“, zum Petitorium und zwar im Process des Robert gegen Richard zugelassen zu werden. Robert hält ihm entgegen:

> Quod ipse contra eum suspendit petitorium et, cum adhuc pendeat iudicium possessorium quod ipse ante intentaverat contra eum et nunc in secunda instantia pendeat, non debet, donec possessorium sit terminatum, admitti ad petitorium.

Dieser Einwand wäre undenkbar, wenn nicht der Dritte (Thomas) als Kläger und zwar gegen beide Parteien, auch gegen den Petitorienkläger (Robert), aufträte; und wird denn auch von der Rota nur aus folgenden Gründen verworfen:

> Quia sua (nämlich Thomas) interest, ex quo videt dictum Rob. procedere in petitorio contra Rich., item quia imputandum est eidem Rob., quod procedit in petitorio, quia sua interest, ex quo videt dictum Robertum procedere in petitorio contra Rich.; item quia imputandum est eidem

---

[66a]) Sein Apparat ist verfasst i. J. 1326, s. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter VI. S. 120 (Aufl. II.), vgl. v. Schulte a. a. O. S. 217. 198. 506.

[67]) Der Erste unter den Canonisten, der Decisiones der Rota, und zwar mit Ziffern, anführt, ist m. W. Antonius de Butrio. († 1408.)

[68]) Decisiones antiquiores De restitutione spoliatorum, dec. 7. Richardus et Robertus et Thomas super quodam beneficio contendebant, ita quod Rich. praetendens se spoliatum per Rob. egit possessorium restituendae et suspendit petitorium et obtinuit sententiam in possessorio pro se et fuit per sententiam restitutus, sed quia antequam feratur forte sententia vel saltem mandaretur executioni Rob. secundum se fuit spoliatus per Thom., idem Rob. egit contra Thom. possessorio et petiit se restitui ac suspendit contra eum petitorium, sed quia non bene probavit intentionem suam fuit d. Thom. ab impetitione eius in dicto possessorio absolutus dictusque Rob. appellavit et procuravit causam illius appellationis committi in possessorio alteri auditori. Tandem Rob. volens procedere in petitorio contra Rich. petiit eum citari ad procedendum in petitorio, tunc autem venit etiam Thom. et videns Robertum contra Rich. procedere in petitorio, petiit etiam se admitti ad petitorium, quia sua interest: opponitur sibi per Rob. etc.

Rob. quod procedit in petitorio, donec possessorium per eum contra Thom. intentatum sit finitum, videtur enim eo ipso quod procedit in petitorio quodammodo renuntiare possessorio; praesertim autem est admittendus Th. quia non venit voluntarius sed quasi coactus ex facto dicti Rob. quem videt procedere in petitorio contra Rich.; et sua interest admitti ad petitorium ne tacendo sciens causam petitorii agi inter eos sibi possit praeiudicium generari l. saepe de re iud. c. cum super[68a]) et c. quamvis et ibi no. per Innoc. de re iud.

Aus diesem letzteren Grunde geht hervor, dass auch Thomas anfänglich, wohl auf Betreiben des ersten Klägers, zum Petitorium beigeladen war,

(Rich. et Rob. et Thom. super quodam beneficio contendebant.)

und das Petitorium unter allen Dreien wegen der erhobenen Spolienklagen suspendirt worden ist. —

Der „Intervenient“ wird Partei in petitorio:

Nota, heisst es in einer anderen Entscheidung,[69]) quod ubi quis suspendit petitorium coram uno iudice seu auditore: si agatur per tertium coram alio iudice seu auditore super eodem petitorio, quod suspendens tale petitorium coram primo auditore potest venire pro interesse et intentare petitorium coram secundo auditore, quia sunt diversi iudices et videntur diversa iudicia.

Drei streiten um ein Beneficium, der Dritte libellirt gegen die beiden Anderen, auch gegen den Nichtbesitzer:[70])

Tribus contendentibus super quodam beneficio: uno apostolico et aliis duobus, apostolicus libellabat contra utrumque, sed alter non possidebat tempore litis contestatae.[71])

Zu einem anhängigen Rechtsstreit kömmt ein Dritter hinzu, behauptet ein besseres Recht gegen Kläger wie gegen Beklagten, begehrt, dass das streitige Beneficium ihm zugesprochen werde; der Streit wird ein Streit unter Dreien:[72])

Tres veniunt ad causam beneficialem et inter primum et secundum, reum et possessorem, postquam primus probabat intentionem suam, concluditur in causa; et constat quod primus respectu secundi debet obtinere, sed tertius qui venit pro interesse suo dedit bonos articulos de

---

[68a]) Wie die Zusammenstellung zeigt, ist das c. cum super hier, wie auch sonst meistens, nur citirt wegen des Schlusssatzes: cum res inter alios acta non noceat regulariter aliis.

[69]) Decisiones antiquae, de caus. possess. et proprie. dec. 6. (alias 185.)

[70]) Dec. per rev. patr. Th. Fastoli in unum redact. Causa 30 dubium 57.

[71]) Vgl. unten bei Note 108.

[72]) Decisiones antiquiores, de iudiciis dec. 4.

iure suo exclusionis iurium primi articuli qui sunt admissi, quia eis probatis beneficium illi tertio esset adiudicandum; — contra quemlibet (primum et secundum) deducit ius suum.

Der Dritte klagt nur gegen den Kläger:[73])

A. spoliatus per B. suo beneficio agit contra B. interdicto Unde vi, petendo se restitui, antequam vero restituatur per sententiam, venit quidam C. asserens ad se dictum beneficium pertinere de iure, intentando petitorium contra dictum A. qui excipiendo proponit ipsum non audiendum, donec fuerit et sit ad possessionem dicti beneficii plene restitutus: Dubitabatur, utrum per huiusmodi exceptionem C. repelleretur ab agendo?[74])

So wird denn auch klar, was es bedeutet, wenn, nach dem Formulare advocatorum, der Dritte „pro interesse suo" Zulassung zu dem anhängigen Processe, zugleich aber auch Gehör begehrt mit einer gegen Beklagten und gegen Kläger wegen des streitigen Beneficiums anzustellenden Klage:[75])

Dignetur Sanctitas Vestra R. P. Io., electo Meten., unius ex sacri palatii causarum auditoribus locum tenenti, — committere et mandare: quatenus devotum oratorem vestrum St. — ad causam, quae coram eodem domino Io. electo inter quosdam Io. — et Ia. — de et super canonicatu et praebenda ecclesiae — N. — in prima pendere dicitur instantia, pro suo interesse — admittat et causam ipsam inter oratorem ac alios supra dictos necnon, quam et quas ipse orator contra praefatos Io. et Ia. omnesque alios et singulos sua communiter vel divisim interesse putantes de et super dictis canonicatu et praebenda movere vult et intendit, causas audiat etc.

Welchen Inhalt hat nun aber die gegen den Kläger gerichtete Klage? Welchen Zweck verfolgt sie?

Bernardus Compostellanus (junior), der Caplan Innocenz' IV., gibt uns darüber Auskunft; ihn wiederholen Duran-

---

[73]) Decisiones novae, de restitutione spoliatorum, dec. 20, alias 438.

[74]) Die Frage wird verneint, da die exceptio spolii nur gegen den Spolianten selbst dilatorische Wirkung habe. Siehe ferner: Decisiones antiquae, de sent. et re iud. dec. 11, alias 394: — si inter duos vel plures petitores fertur sententia pro uno contra alium vel reliquos non fit sequestratio.

[75]) Form. adv. cur. Rom. Commissiones diversarum materiarum tit. 17 Commissio pro interesse (fol. 29), vgl. damit die beiden folgenden Titel: 18, Alia Comm. pro interesse und 19, Comm. pro interesse in secunda instantia.

tis,[76]) Jo. Andreae und noch in späterer Zeit, um den Beginn des fünfzehnten Jahrhunderts, der Cardinal Zabarella,[77]) offenbar fast wörtlich — da sie fast wörtlich unter einander übereinstimmen.[78])

Kein Zweifel, dass gegen den Besitzer eines Beneficium klagen kann, wer ein Recht an demselben oder auf dasselbe, ein durch die Collation begründetes ius in beneficio, oder ein Recht auf die Collation, ein ius ad beneficium, behauptet.[79]) Seine Klage ist eine quasiconfessorische, eine „actio ad instar confessoriae.“[80]) Kann aber auch der Nichtbesitzer gegen den Nichtbesitzer, können die Beneficialprätendenten gegen einander klagen? Es scheint nicht, nach römischem Rechte wenigstens nicht:[81])

> Respondeo non. Nam personali actione non possunt, cum alter non sit alteri obligatus ex contractu vel quasi, nec reali, cum neuter possideat aliquid de iure alterius.

Und dennoch gewährt, in merkwürdiger Uebereinstimmung mit dem deutschen Rechte, die canonische Praxis auch hier eine Klage, sowohl demjenigen, der ein ius in beneficio, wie dem, der ein ius ad beneficium behauptet.[82])

In zweierlei Weise wird diese Klage zu construiren versucht. Sie wird aufgefasst einmal als imploratio des nobile officium iudicis, das überall da[82a]) hülfreich zur Hand ist, wo die Billigkeit, oder, deutlicher gesagt, das praktische Bedürfniss, nach einer Klage verlangt, und das römische Recht keine zu gewähren scheint.[83]) Daneben aber begegnet

---

[76]) Spec. iud. II. 1 de actione seu petitione § 4 (super.)

[77]) Diese Beiden zu cap. mandatum (38) X. de rescriptis (1, 3), wie Bern. Comp. selbst (in seinen Casus zum lib. I. Decretalium.)

[78]) Ich citire daher im Folgenden nur, als den Frühesten, Durantis; der Commentar des B. Comp. selbst ist mir nicht zugänglich gewesen, soviel ich weiss, auch nicht gedruckt; vgl. darüber v. Schulte, a. a. O. S. 118. 119.

[79]) Vgl. darüber gl. quoniam] ad cap. 8 VI. de conc. praeb. (3, 7) vers. fin: — ante collationem beneficii non dicitur ius quaesitum in re sed ad rem; ad hoc tex. hic i. f. S. auch cap. cum Bertholdus (18) X. de sent. et re iud. (2, 27)

[80]) Durantis a. a. O. nr. 9 nr. 11.

[81]) Durantis a. a. O. nr. 4; vgl. nr. 5.

[82]) Vgl. auch Innocentius IV. ad cap. mandatum X. de rescript. cit.: Si primo praesentans literas petat sibi assignari praebendam, tunc capitulum si habet primo praesentantem pro canonico recepto prudenter faciat, si se non misceat liti, sed sinat eos litigare et acquiescat mandatis iudicis utriusque partis secundum tenorem decr. cum contingat [24 X. 1,3].

[82a]) Vgl. Feststellungsklage S. 36. 43. 63. 97 und 98. S. die Legisten ad l. 1 D. de iurisdictione (2,1). Auch vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm (Leipzig 1877) S. 47. 48.

[83]) Durantis nr. 5 und nr. 13. (Jus in beneficio:) nr. 5. Sed quaeritur de his qui per electionem seu collationem vel investituram

uns eine andere und bestimmtere Construction: ratione impedimenti,[84]) weil er ihn „hindere“ an seinem Rechte, kann der Prätendent gegen den Prätendenten, der Nichtbesitzer gegen den Nichtbesitzer klagen, wie der Servitutberechtigte gegen Jeden klagen kann, von dem er in der Ausübung seines Rechtes behindert wird. Sein Klaglibell hat also zu enthalten: die Begründung seines Rechtes und die Behauptung, dass der Gegner ihn „daran hindere;“ sein Petitum[84a]) geht dahin, dass

---

ius se habere dicunt in aliquo beneficio vel praebenda: qualiter possunt inter se agere et qualiter contra capitulum? Respondeo si nullus istorum beneficium de quo agitur, possidet, potest unus narratione facta de sua iusta electione et de iniusta adversarii petitione petere contra alium iudicis officium implorando, suam electionem vel collationem confirmari et electionem vel collationem adversarii cassari X. de elect. (1,6) congregato (23) et c. dudum (54) de officio delegati (1,29) super eo (15). Ideo autem dixi in libello ponendum de adversarii electione seu collatione: nam nisi ponatur, nil potest agens petere contra suum adversarium nisi eum turbatorem vel possessorem dicat. — De imploratione vero officii iudicis ideo dixi, quoniam in praemisso casu, ubi actor suam et adversarii electionem vel collationem narrat et ratione impedimenti vel possessionis non agit neuter contra alium habet aliquam actionem. Realem non quia non dicit adversarium possessorem; personalem non, quia non dicit adversarium ex contractu vel quasi vel maleficio vel quasi sibi obligatum. — (Jus ad beneficium:) nr. 13. — Alii dicunt, quod licet nullus eorum, qui beneficium de quo agitur sibi debitum dicunt, possideat ipsum beneficium, tamen potest unus facta narratione sui iuris et adversarii petere contra reliquos, ut declaretur beneficium illud sibi deberi et ut adversario super eo silentium imponatur: non tamen iure actionis hoc petitur, sed per officium iudicis.

[84]) Durantis nr. 5 — (Jus in beneficio:) Si — unus ex his qui non possident beneficium de quo agitur alterum de facto impediat, quominus possessionem beneficii sibi collati possit nancisci vel pacifice habere, potest taliter impeditus facta narratione sui iuris et impedimenti adversarii contra impedientem agere, ut a suo impedimento cesset seu prohibeatur ut in l. si quis diuturno D. si serv. vindicetur (8,5), womit aber zu vergleichen nr. 6 (bei Note 85) und nr. 4 (in dieser Note weiter unten). — (Jus ad beneficium:) nr. 13. Si beneficium, de quo agitur, non possideatur ab aliquo illorum, qui dicunt tantum illud sibi debitum non collatum: tunc videtur, quod nulla alteri contra alterum actio competat ex narratis: nisi forsan ratione impedimenti si alter alterum de facto impediat, quominus confirmationem seu collationem seu investituram consequatur, ut dixi de simili impedimento s. vers. sed quaeritur de his qui per electionem (nr. 5, in dieser Note oben). Womit zu vergleichen nr. 6 (bei Note 85) und nr. 4. Sed numquid hi, qui petunt se recipi, possunt inter se agere? — Ratione impedimenti unius posset alter agere sicut contra quemlibet extraneum arg. X. de excep. (2,25) dilecti (8) D. si servi. vindi. (8,5) si quis diuturno. Et tunc agens pone A. narrabit in libello ius suum, scilicet qualiter papa scripsit capitulo pro ipso et qualiter capitulum fuit per executorem suum admonitum, ut eum reciperet, et B. praestat impedimentum ne recipiatur: unde petit: eidem B. sententialiter inhiberi ne impediat quominus recipiatur, et ipsi B. super sua contradictione silentium imponi, ut X. de excep. (2,25) dilecti (8.).

[84a]) Siehe Note 84; das vollständige Petitum bei Durantis nr. 4;

dem Beklagten durch Urtheil aufgegeben werde, ihn fernerhin nicht zu behindern, dass ihm Stillschweigen mit seinem Widerspruch auferlegt werde. Eine factische Hinderung durch den Beklagten aber braucht der Kläger nicht zu beweisen, eine factische Hinderung gehört also auch nicht wesentlich zum Klaggrunde:[85])

> Quid oportet actorem probare hoc casu, ubi ratione impedimenti agitur? — Respondeo: Obtinuit, quod si actor de suo iure probet, licet non probet impedimentum, tamen fertur sententia contra reum, ne actorem impediat vel molestet. Controversia enim, quam reus facit, litem contestando et se in iudicio opponendo, satis sufficit, ut videatur impedimentum praestare.

Der Widerspruch, den der Beklagte im Gericht dem Kläger entgegensetzt, seine Erklärung, streiten zu wollen, die Litiscontestatio ist das „Hinderniss", welches durch den Process aufgehoben werden soll; aufgehoben aber wird es durch die impositio silentii des Richters an den Beklagten.

Die impositio silentii ist nun aber nichts Anderes als der Ausdruck eines formell nur nicht ausgesprochenen Urtheils, welches den Widerspruch des Beklagten für unbegründet erkennt.[86]) Ihr Erfolg ist der und nur der, dass der Kläger gegen den Beklagten die exceptio rei iudicatae gewinnt:[87])

> (A.) petit — B. (reo) super sua contradictione silentium imponi. — B. autem se defendat per omnem modum, videlicet excipiendo contra litteras et contra personam agentis et de suo iure dicendo: quo casu si feratur sententia contra B. reum (qui ius, quod in eodem canonicatu habebat, in iudicium in modum defensionis induxit) intantum sibi praeiudicatur, quod nunquam de cetero de iure suo contra eundem A. potest agere vel excipere, si de eodem iure inter eos agatur, et hoc propter exceptionem rei iudicatae.[87a])

---

dass dasselbe analog auch für ein ius in beneficio zu verwenden, ergiebt nr. 5 in Verbd. mit nr. 13 (Note 84); vgl. auch Note 83 a. E.

[85]) Durantis nr. 6.

[86]) Vgl. Feststellungsklage S. 114 und 115.

[87]) Durantis nr. 4.

[87a]) Dass dies ebenso bei einem ius in beneficio wie ad beneficium gilt, ergiebt nr. 5 vbd. mit nr. 13 (Note 84.).

[88]) Nach Wetzell System S. 856 wird als Zweck der Principalintervention, sofern sie gegen den ersten Kläger gerichtet ist, „die Ausschliessung dieses ersten Klägers gedacht", welcher Zweck (nach Note 12) in c. 17 X. de sent. et re iud. (2,27) und in c. 38 X. de test. et attest. (2 20) klar hervortrete; hier solle durch die Intercession des neuen Klägers die von dem bisherigen Kläger betriebene Execution verhindert werden; das Letztere ist unbestreitbar — nur handeln die Stellen eben

Diese Klage ist es, mit diesem[88]) Ziele, welche der Intervenient gegen den ersten Kläger erhebt; es kann keine andere sein; und dass sie es ist, das wird unwiderleglich bestätigt durch zwei merkwürdige Stücke des Formulare advocatorum curiae Romanae; die auch bezeugen, dass es die bestimmtere Construction der Klage gewesen ist, welche sich in der Praxis behauptet hat.

Die Ueberschrift des einen[89]) lautet: Articuli de iure venientis pro interesse; die des anderen:[89a]) Articuli de iure tertii, vigore expectativae venientis pro interesse. Es sind Muster zu Artikeln eines Principalintervenienten; da sie in dem für uns wichtigen Punkte im Wesentlichen mit einander übereinstimmen, so genügt hier die Betrachtung des ersteren.

Es ist Streit über eine Canonikatspräbende; der Dritte behauptet ein ius in beneficio kraft einer päpstlichen Verleihung und der auf Grund dieser Verleihung erfolgten Provision.[90]) Das Formular beginnt:

> Ut constet de interesse honorabilis viri Domini S. et ut ipse ad causam inter quosdam Io. et Ia. super canonicatu et praebenda ecclesiae collegiatae beatae Mariae N. coram vobis R. P. D. Io. Didaco d. Loca. palatii apostolici causarum auditore pendentem pro suo interesse huiusmodi admittatur, procurator Dni. S. dat dicit facit et exhibet infrascripta omnibus melioribus modis via iure causa et forma quibus melius postet et debet.

Zunächst werden dann in Artikelsform die Thatsachen behauptet, auf welche das Recht des Dritten gegründet werden soll. Zum Schlusse aber wird der passive Klaggrund entwickelt in folgenden Sätzen:

> Item quod praemissis non obstantibus praefati Io. et Ia. adversarii, quibus seu alteri eorum in dictis canonicatu et praebenda, de quibus agitur, seu ad illos nullum ius competiit neque competit, se gratiae et processibus nec

---

nicht von der Principalintervention. So gelangt denn Wetzell weiter zu „der allgemeinen Regel, dass da, wo ein Dritter in den anhängigen Process eintrete, um, durch die Geltendmachung eines besseren Rechts den Kläger auszuschliessen, lediglich die Suspension der Execution in Frage komme.“ — Auch nach Planck, Mehrheit S. 441 wird „von vornherein die Frage nur unter dem Gesichtspunkt behandelt: an et quando tertius comparens pro interesse suo audiatur ad impediendam executionem?“

[89]) Articuli varii diversorum negociorum tit. 9 (fol. 111.).

[89a]) In demselben Abschnitt tit. 10 (fol. 112 i. f.).

[90]) fol. 111 i. f.: Item praefatis canonicatu et praebenda — vacantibus et sub dicta gratia expectativa cadentibus — S. illos vigore dictae gratiae — acceptavit et de eisdem sibi provideri per — H. clericum — in subexecutorem dictae gratiae electum obtinuit etc.

non acceptationi et provisioni apostolicis praedictis huiusmodi ac bono iuri eidem dno. S. in eisdem canonicatu et praebenda competenti temere et de facto, cum de iure non possent, se opposuerunt et opponunt, impediveruntque et impediunt ac fecerunt et faciunt, quominus gratia processus acceptatio et provisio apostolica huiusmodi suum debitum fuerint sortitae et sortiantur effectum, quinimo, quod deterius est, praefatus Ia. (reus) se in eisdem canonicatu et praebenda intrusit prout intrusus est de praesenti illosque praetextu intrusionis huiusmodi occupavit et detinuit, prout occupat et detinet occupatos fructus redditus et proventus ex eisdem provenientes et damnabiliter usurpando in suae animae grande periculum ac ipsius dni. S. damnum non modicum et gravamen. Et sic. Salvo iure addendi etc. Et protestatur prout fuit et est moris.

Was also der Kläger gegenüber dem Dritten durch Adcitation bewirkt: dass die Entscheidung dieses Rechtsstreites auch gegen Jenen Rechtskraft erlange, dass auf Grund dieser Entscheidung der Kläger die exceptio rei iudicatae auch gegen den Dritten gewinne, das bewirkt der Dritte gegenüber dem Kläger nicht durch blosse Citation, — sondern er bewirkt es durch Klage. Denn die Rechtsbehauptung, die er als Intervenient aufstellt, diese ist es, die er zur Klage verwerthet, und diese Rechtsbehauptung ist als solche bereits gegen den Erstkläger gerichtet. Nicht durch Präclusion wirkt aber an sich die Klage, sondern sie wirkt durch den Zwang zur Defension. Das Eremodicium ist an sich das Mittel zur Durchsetzung auch der Klage des Dritten gegen den Erstkläger; denn in der Zeit, von welcher wir reden, ist die Clementina Saepe[91]) bereits ergangen, und hat die Clementina Dispendiosam de iudiciis das Verfahren der Clementina Saepe allgemein auch für Beneficialsachen angeordnet.[92])

Aber es ist eben die Rechtsbehauptung, die der Intervenient als solcher aufstellt, diese eine und die nämliche Rechtsbehauptung, die er zur Klage zugleich gegen Beklagten und Kläger verwerthet; nur darum kann er sie unbedingt hier, in diesem Forum, auch im Gerichte zweiter Instanz,[92a])

[91]) „Litis contestationem non postulet."

[92]) (A. 1311) — Statuimus ut in causis super electionibus, postulationibus vel provisionibus aut super dignitatibus personatibus, officiis, canonicatibus vel praebendis seu quibusvis beneficiis ecclsiasticis — procedi valeat decaetero simpliciter et de plano ac sine strepitu iudicii et figura.

[92a]) Das darf gefolgert werden aus Formulare advocatorum curiae Romanae Commissiones diversarum materiarum tit. 19. Commissio pro interesse in secunda instantia (vgl. unten N. 105).

zur Klage gegen beide Parteien verwerthen. Die Klage des Dritten gegen den Erstkläger muss darum nothwendig auch die Wirkung einer Adcitation des Erstklägers zum Processe gegen den Urbeklagten haben.

Als Intervenient hemmt der Dritte durch die Behauptung seines besseren Rechtes, sofern sie an sich geeignet ist, zur Vertheidigung des Beklagten zu dienen, die Entscheidung des anhängigen Rechtsstreites; das ist unzweifelhaft, wenn er gezwungen beitritt; denn in diesem Fall würde die Entscheidung dieses Rechtsstreites ihm präjudiciren müssen; unzweifelhaft aber auch dann, wenn er freiwillig beitritt; denn seine Rechtsbehauptung als Behauptung eines Intervenienten ist gleichwerthig der Behauptung des Beklagten. Andererseits aber muss auch, und das ist nicht mehr als billig, gegenüber der von ihm gegen den Beklagten erhobenen Klage von Relevanz sein die Rechtsbehauptung des ersten Klägers. Seine Klagbehauptung ist, wie gezeigt, zugleich gegen Kläger und Beklagten gerichtet — sie kann nicht wirken gegen den Beklagten, wenn sie nicht zugleich auch gegen den Kläger wirkt. Das gleiche Resultat aber ergibt sich aus folgender Betrachtung: der Widerspruch des Beklagten und des Klägers ist das „impedimentum", welches durch den einen Process gehoben, durch die Entscheidung dieses Processes überwunden werden soll; das Hinderniss besteht noch, wenn auch nur der Widerspruch des Klägers unüberwunden ist.

Der accessorische Intervenient muss als solcher die Sache in dem Stande annehmen, in welchem er sie findet.[93]) Soll das auch gelten für den Dritten, der in dem schwebenden Rechtsstreit sein besseres Recht gegen beide Parteien zur Geltung bringen will? Die Rota verneint.[93a])

Der Fall ist der: A. und B. als Kläger und C. als Beklagter und Besitzer streiten um ein Beneficium vor einem beauftragten Richter. Im Laufe des Processes erscheint der D. „pro suo interesse" und behauptet ein besseres Recht an dem streitigen Beneficium.[94])

---

[93]) Cap. Si hi contra quos (2) VI. ut lite pend. (2,8): Si ad defensionem ipsius litis aliqui quorum intererit, petierint se admitti, eos in illo statu, in quo ipsam invenerint, decernimus admittendos, und dazu gl. in illo statu].

[93a]) Decisiones novae, de procuratoribus, dec. 40 alias 456. Der weitere Inhalt der Entscheidung interessirt an dieser Stelle nicht.

[94]) Das geht aus der ganzen Darstellung mit aller Klarheit hervor; der procurator des C., auf Antrag des D. citirt ad dicendum contra (iura a D. producta), excipirt, se non habere mandatum contra D. sed contra A. et B. In der Rota war die Ansicht vertreten, dass auf Grund der ersten Commission, zwischen A., B. und C., D. deshalb nicht zuzulassen sei, weil er nicht intervenire assistendo, sondern agendo; es wird ausdrücklich bemerkt, dass unentschieden bleibe die Frage „de

— Causa committitur inter A. et B., actores, et C., reum et possessorem, — et servatis servandis citra tamen conclusionem — D. superveniens pro suo interesse petit procedi ad ulteriora in causa, et, ad faciendam fidem de suo interesse, producit statim omnia iura sua.

Gesetzt, D. sei zum Processe zugelassen, so fragt es sich: Qualiter sit procedendum, videlicet utrum incipiendus sit processus a capite, vel ille D. sit admittendus in eo statu, in quo causam invenerit?[95])

In quo domini erant varii, aliqui tenentes primum aliqui secundum. Primi vero asserentes de novo inchoandum processum movebantur, quia mutatis personis etc. c. cum in tua (44) et c. veniens (38) de testibus (2,20)[96]) novis enim morbis etc. X. de iuramen. cal. (2,7) c. caeterum (5) tum etiam forte propter obiectus dandos per dictum C. reum et possessorem[96a]) contra dictum D. supervenientem de novo, a quibus totaliter excluderetur, si terminus ad ponendum et articulandum non daretur. Et propter hoc fuit determinatum et conclusum per omnes: quod assignaretur utrique parti terminus competens ad ponendum et articulandum, ad dicendum contra articulos et dicendum contra producta.[97])

Der Dritte, der agendo opponirt, ist nicht gebunden an die Lage, in welcher der Process zur Zeit seines Beitrittes sich befindet. Er tritt nur in eigenem Interesse auf, mit eigener Klage, die der Beginn eines selbständigen Processes ist: die Klägereigenschaft des Dritten überwiegt, in der Anschauung der Rota, seine Eigenschaft als Intervenient.

Steht aber der Dritte auch zu dem Beklagten so ganz nur im Verhältniss des Klägers zum Beklagten, und ist seine Klage der Beginn eines selbständigen Processes, wie soll andererseits er den anhängigen Rechtsstreit hemmen dürfen, wie soll auf den selbständigen Rechtsstreit der selbständige Rechtsstreit

---

modo procedendi et sententiandi contra dictum A. et B., si dictus D. ad se probaret beneficium de quo agitur pertinere."

[95]) Im Eingange der Decisio wird dieselbe Frage so gestellt: utrum omnes termini de stilo palatii servari consueti sint servandi vel reiterandi inter dictum. C. et D. vel sit admittendus dumtaxat in statu in quo causam invenit.

[96]) Die Zusammenstellung mit den anderen Stellen beweist, dass das cap. veniens nur darum citirt ist, weil darin von der Zulässigkeit einer wiederholten Vernehmung derselben Zeugen die Rede ist.

[96a]) Es genügt hier dem Referenten, die Rücksicht auf den Beklagten allein hervorzuheben. Vgl. übrigens auch die folgende Note.

[97]) Will man es auch dahingestellt sein lassen, ob unter dem utrique parti D. auf der einen, C. und A. und B. auf der anderen zu verstehen sei, so muss doch, was von dem Verhältniss des D. zu C. gilt, jedenfalls auch von seinem Verhältniss zu A. und B. gelten, wenn D. auch gegen A. und B. klagt, was er, wie nachgewiesen, unzweifelhaft kann.

wirken können? Dann muss vielmehr gelten, was die l. is a quo de rei vindicatione ausspricht: die selbständigen Processe werden unabhängig von einander durchgeführt. Es ist folgende Entscheidung der Rota, in welcher diese Entwickelung zu Tage tritt: [98])

Tres veniunt ad causam beneficialem et inter primum et secundum, reum et possessorem, postquam primus probabat intentionem suam, concluditur in causa, et constat, quod primus respectu secundi debet obtinere; sed tertius qui venit pro interesse suo, dedit bonos articulos de iure suo exclusionis iurium primi articuli, qui sunt admissi, quia eis probatis beneficium illi tertio esset adiudicandum; primus tamen petit ferri sententiam pro se contra secundum, contra quem probavit intentionem suam et est conclusum. Tertius dicit, quod non est ferenda, donec venerit remissio sua, et tota causa quoad eum expediatur; quaeritur an bene dicat? Facit, quod causa est expedienda inter primum et secundum, D. de rei vind. l. is a quo — quia tertius non venit ad causam pro defensione secundi, possessoris, sed solum pro se, et ideo quia non immiscet se causae quae vertitur inter primum et secundum defendendo possessionem secundi, immo solum contra quemlibet deducit ius suum: ideo iustitia inter primum et secundum, quorum causa distincta est a causa tertii, non retardabitur propter tertium, quin pro primo contra secundum feratur sententia statim, ex quo primo constat de iure suo, argum. not. per Innoc. [99]) de re iudic. c. cum super.

Aber die Clementina Saepe hat die richterliche Processleitung entfesselt. Der Richter kann verfügen, dass die beiden Processe mit einander vereinigt, [100]) dass sie pari passu mit einander verhandelt, dass sie durch ein Urtheil entschieden werden sollen; also auch unter Umständen, dass der erste Process zeitweilig ruhe; [101]) und dass er so verfahre,

---

[98]) Decisiones antiquiores, de iudiciis, dec. 4. Die Stelle ist in anderem Zusammenhang schon einmal oben citirt.

[99]) Innoc. handelt hier unter Anderem auch von der l. is a quo.

[100]) Schon die ältere canonische Praxis pflegt, wenn Mehrere um dasselbe Beneficium streiten, sämmtliche Processe vor einen Richter zu verweisen. Durantis Spec. II. 1 de actione § 4 (super) nr. 15. Jo. Andreae und Zabarella zu cap. mandatum cit.

[101]) Dabei haben im Allgemeinen nur Zweckmässigkeitsgründe zu leiten. Es wird sich aber die Aussetzung des Urtheils bis zu gemeinschaftlicher Entscheidung als nothwendig herausstellen, wenn der Dritte zu dem ersten Process adcitirt worden war, weil dann die Entscheidung dieses Processes ihm präjudiciren würde. Sie kann ferner geboten sein durch die besondere Natur des Streitgegenstandes. Vgl. z. B. Innocentius IV. ad c. cum inhibitio (3) X. de clandest. despon. (4,3)

kann daher auch dem beauftragten Richter aufgegeben werden:[102])

Quando — [103]) alius venit pro suo interesse, non propterea impeditur causa, si sit expedibilis inter priores partes, quin expediatur et etiam fiat executio, nisi —[104]) in commissione,[105]) per quam quis venit pro interesse, sit clausula: quod causa inter omnes partes simul ac semel ac unico contextu eademque sententia terminetur —.[106])

Aber dabei[107]) bleibt es, und darin beruht der bleibende Fortschritt im Vergleich zum römischen Recht: gegenüber der Klage des Dritten ist in der Beklagtenrolle mit dem Urbeklagten der erste Kläger vereinigt, und durch diese Vereinigung gewinnt der Dritte ein gegen Beide wirksames Urtheil.

Ein gegen Beide wirksames Urtheil; das Erkenntniss, welches den Urbeklagten dem Dritten verurtheilt, stellt das Recht des Dritten auch gegenüber dem Erstkläger rechtskräftig fest. Aber nicht bloss die Urtheilsfeststellung, auch die Verurtheilung kann sich gegen den Erstkläger kehren, wenn nämlich die passiven Voraussetzungen der Verurtheilung im Laufe des Processes in der Person des Erstklägers eingetreten sind; also insbesondere auch dann, wenn er selbst in-

---

ad v. si ambo] —. Si duo egissent contra eandem mulierem et de utroque simul constaret, quod cum ea contraxisset, sed non constaret de anteriore tempore, — differenda est sententia, quousque de anteriore tempore probetur; si autem primo constaret de uno quam de alio, quia forte non habuit ita paratas probationes, etiam idem dicendum videtur, scilicet quod differenda est sententia, ne praeiudicium fiat alii matrimonio; welchem die Späteren folgen („res non divisibilis absque periculo peccati").

[102]) Formulare advocatorum curiae Romanae, de devolutione causarum ad Ro. cu. tit. 16 (fol. 5) „Pro interesse" v. fin. In den nachfolgenden Noten ergänze ich die im Text als hier überflüssig weggelassenen Worte der Stelle.

[103]) una vel duae sententiae contra possessorem latae sunt et —

[104]) possessor fuisset vocatus vel ille, qui venit pro suo interesse, diceret se possidere vel —

[105]) Es ist gemeint eine neue Commission, durch welche der Richter beauftragt wird, den Dritten zum Processe zuzulassen. Ein Muster zu einer Commission mit solcher Clausel bietet Formulare advoc. cur. Rom. Commissiones diversarum materiarum tit. 19, Commissiones pro interesse in secunda instantia.

[106]) Et tunc etiam requiritur signatura correspondens, sc. quod admittat et procedat ut petitur et simile, et sis cautus iudicando et retinendo commissionem tali forma.

[107]) Die dafür angeführten Belege sind ja auch zum grossen Theil später als die eben angeführte Entscheidung. Andererseits beweist schon die stehende Bezeichnung des Dritten als eines veniens pro suo interesse, dass sich die Principalintervention aus der accessorischen heraus entwickelt hat.

zwischen die Verurtheilung des Urbeklagten und die Vollstreckung des Urtheils bewirkt hat:[108])

> Tribus contendentibus super quodam beneficio, uno apostolico et aliis duobus, apostolicus libellabat contra utrumque. Sed alter non possidebat tempore litis contestatae, sed postea in conclusione vel postea est facta fides iudici, quod possidet. An contra ipsum possit fieri sententia, posito quod litis contestatae tempore minime possedisset?
>
> Et tenebatur per omnes quod sic.[109])

Und nun zur Entwickelung des weltlichen Rechtes! Sie wirft Licht zurück auf die Entwickelung der canonischen Praxis, wie sie Licht von dieser empfängt.

Es wurde bereits jener Bestimmung einzelner italienischen Stadtrechte des vierzehnten Jahrhunderts Erwähnung gethan, wornach der auf Herausgabe einer speciellen Sache Belangte, wenn er im Laufe des Processes auch noch von anderer Seite auf Herausgabe derselben Sache belangt werde, dem ersten Kläger Anzeige davon zu machen habe, und dass dieser befugt sein solle, im zweiten Process accessorisch zur Seite des Beklagten zu interveniren. Aber noch mehr! Im Anschluss an jene Bestimmung verordnen weiter die Statuten von Cremona[110]) und, wörtlich gleichlautend, die von Casale:[111])

> Et si prior actor voluerit, quod iura examinentur cum iuribus secundi vel tertii actoris, examinari debeant, et iura praedicta similiter terminentur.

Und in ähnlicher Weise, und in gleichem Zusammenhange, bestimmen die Statuten von Lucca:[112])

> Et si comparuerit dictus primus petitor ostensurus de iure suo, officialis et iudex, coram quo ageretur, teneatur iuribus utriusque partis auditis sententiam ferre super ipsa re restituenda illi, qui potiora iura ostenderit.

Tritt also der erste Kläger dem zweiten Processe bei, so soll, nach den Statuten von Cremona und Casale maior, wenn er darauf anträgt, nach den Statuten von Lucca schon zufolge seines Beitrittes, ohne seinen besonders darauf ge-

---

[108]) Decisiones Fastol. Causa 30 dubium 57.

[109]) Dass auch gegen den Nichtbesitzer die Klage an sich statthaft, das steht, nach dem älteren Zeugniss des Compostellanus („obtinuit“ bei Note 85) bereits fest. Der Zweifel kann daher nur darin bestanden haben, ob der anfänglich nicht besitzende Erstkläger nunmehr dem Interventionskläger verurtheilt werden könne.

[110]) Cap. 323 i. f.

[111]) Statuta Casalis maioris Rub. quod conventus teneatur denuntiare priori actori, quando conveniatur ad eandem rem a tertio.

[112]) I. cap. 109 der reformirten Statuten R. de executione sententiae latae in actione reali seu mista i. f.

richteten und erklärten Willen, über seine Klage, auch wenn sie vor einem anderen Gerichte anhängig ist,[113]) mit der zweiten zusammen verhandelt, durch ein Urtheil über beide entschieden werden. Als Intervenient hemmt also der Erstkläger die Entscheidung über den Anspruch des zweiten Klägers durch die Behauptung seines besseren Rechtes, er hemmt aber auch, durch seine Intervention,[114]) die Entscheidung über seinen eigenen Anspruch bis dahin, dass auch über den Anspruch des zweiten Klägers entschieden werden kann.

Es ist aber klar, dass diese Processfigur davon nicht abhängig sein kann, dass der Intervenient, zur Zeit seines Beitrittes, Klage bereits erhoben habe, klar, dass die Beschränkung auf diesen Fall, welche die angeführten Statutarbestimmungen tragen, eine nur zufällige, äusserlich durch den Zusammenhang veranlasste sein kann. Darf der intervenirende Dritte verlangen, dass sein eigener Process mit dem fremden zusammen verhandelt und entschieden werde, auch wenn er seinen Process bereits vor einem anderen Gericht anhängig gemacht hat, so darf er es gewiss, wenn er erst nach oder mit seiner Intervention Klage erhebt, so muss er befugt sein, seine Klage sogleich bei dem Gerichte des fremden Rechtsstreites zu erheben.

Anders ist nachweisbar auch die Bestimmung der Statuten von Lucca von der Praxis von Lucca[115]) selber nicht verstanden worden. Und die nachfolgende Darstellung wird die Vermuthung bis zur Evidenz bestätigen, dass diese vereinzelten und beschränkten Bestimmungen nur die Folgen seien einer allgemeinen und verbreiteten Rechtsanschauung.

In einem Kreise des italienischen Rechts ist unzweifelhaft auch noch in später Zeit die deutschrechtliche Processfigur der Principalintervention in unmittelbarer praktischer Geltung gewesen; auf dem Gebiete nämlich des longobardischen Lehnrechtes. Titel 27 des zweiten der Libri

---

[113]) Vgl. Note 38.

[114]) Nach den Statuten von Cremona und Casale aber nur, wenn er zugleich auch Verhandlung über seine eigene Klage will.

[115]) Decisiones Rotae Lucensis annorum 1580 et 1581 (Spirae Nemetum apud Bern. Albinum 1599) decis. VI. „Statut(um) cap. 100 in fi. lib. I (es kann nur c. 109 gemeint sein) — videtur decidere hunc casum decernereque, quod iura tertii comparentis et primi petitoris simul et semel consignentur ac terminentur — (sed) non loquitur quando quis comparuerit post rem iudicatam qui est casus noster sed quando ante rem iudicatam, ut — patet in illis verbis „pendente lite."" Der Tertius verlangt Aussetzung der Execution mit Berufung auf die angeführte Bestimmung der Statuten. Das Gericht weist seinen Antrag zurück, ausdrücklich nur deshalb, weil das Statut Intervention lite pendente voraussetze.

Feudorum, De pace tenenda, ein Landfrieden Friedrichs I. vom Jahre 1156,[116]) bestimmte im § 8:

Si tres vel plures contendunt de eodem beneficio, producentes utrinque diversos investitores, iudex, in cuius praesentia causa ventilatur, a duobus requirat boni testimonii hominibus, in provincia eorundem litigatorum commorantibus, per sacramentum quod iuraverint, quis illorum absque rapina eius beneficii possessor extiterit, et, cognita ex ipsorum testimonio rei veritate, possessor beneficium suum quiete obtineat, nisi iustitia et iudicio dictante alter de manu sua illud eripiat.[117])

Ein Streit Dreier oder Mehrerer unter einander um dasselbe Beneficium, der auf Grund einer Beweisaufnahme durch eine Entscheidung erledigt wird!

Si tres — contendunt de eodem beneficio — fast mit denselben Worten wird in den Entscheidungen der Rota Romana die Processfigur der Principalintervention bezeichnet:

Tres veniunt ad causam beneficialem.[118]) — Tribus contendentibus super quodam beneficio.[119])

Sollte man nicht auch hier einen directen Einfluss des Lehnrechtes auf die canonische Praxis annehmen dürfen?

Aber noch schärfer ausgeprägt sollte der italienischen Doctrin die Figur der deutsch-rechtlichen Principalintervention aus dem unmittelbar vorhergehenden Paragraphen (§ 7 F. de pac. ten. 2,27) entgegentreten:

Si duo homines pro uno beneficio contendunt et unus super eodem beneficio investitorem producit, illius testimonium, quum investitor donum investiturae recognoscit, comes prius recipiat, et si idem probare poterit idoneis testibus, quod absque rapina hoc idem beneficium habuit, remota controversiae materia id obtineat. Quodsi de rapina praesente iudice convictus fuerit, rapinam dupliciter solvat, beneficio vero careat, nisi, iustitia et iudicio dictante, illud in posterum requirat.

Hier ist die Rede nur von zwei Parteien, einem Kläger, einem Beklagten, von einem Rechtsstreite. Aber die Glosse kennt nur römisches Beweisrecht, und wie sollte, nach römischem Beweisrecht, Einer dazu kommen, Beweis zu führen, wenn er nicht Kläger, wenn nicht der Andere Besitzer wäre?

---

[116]) Vgl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 604 d. und die hier Citirten.

[117]) Vgl. auch gl. requirat] zu dieser Stelle: In §° ergo isto et superiori videtur dici, quod iudex sive comes debet cognoscere inter duos vel tres pares de controversia feudi. — Vgl. auch Baldus zu dieser Stelle.

[118]) Decisiones antiquiores, de iudiciis decisio 4; oben S. 221.

[119]) Decisiones Fastol. Causa 30 Dubium 57; oben S. 223.

Gl. testimonium]: Et intelligas, quod iste, qui produxit investitorem, non possideat, aliter enim non haberet necesse probare.

Aber die Stelle redet ganz allgemein von einem „Unus", als Beweisführer, und lässt die Parteirolle desselben ganz unbestimmt:

Gl. et unus]: Nam si ambo producunt eundem investitorem, tunc ille esset potior, cui dominus guarantizaret: nisi aliud probaretur ab alio, ut ī. de leg. Corra. § si autem inter pares duos.

Und also, wenn so gut der Eine wie der Andere dieser einzige Beweisführer sein kann, so ist zu schliessen, dass Beide als Kläger zu denken sind. Diesen Schluss macht Dynus[120]) in seinen Zusätzen zur Glosse:

Contendunt] scil. contra tertium possessorem.

Also eine Stelle, welche handelt von einem einzigen Processe zwischen zwei Parteien und von der Entscheidung dieses Processes, wird bezogen auf einen Rechtsstreit dreier Parteien; ein Gesetz, welches handelt von dem Verhältniss eines Klägers zu einem Beklagten wird bezogen auf das Verhältniss zweier Kläger zu einander; und so ist es denn diese Stelle, bei welcher zum ersten Male in der Doctrin der Legisten die Principalintervention mit aller Schärfe und Bestimmtheit und in voller Allgemeinheit entwickelt erscheint, in dem Commentare nämlich des Baldus zu den Libri Feudorum.[120a])

Ihre Spuren lassen sich nach vorwärts auch schon in der früheren Doctrin des vierzehnten Jahrhunderts verfolgen. Zum Ausgangspunkt diene uns die Darstellung des Baldus, welche auch die Grundlage ist, auf der die ganze spätere Lehre von der Principalintervention fusst:[121])

Contendunt] sc. contra tertium possessorem Dy. Vide quod no. Inn. X. de test. c. veniens. Quando unus infringit competitorem, obiiciendo se sibi, pro neutro potest ferri sententia, nisi iure utriusque discusso: secus si inter se non litigarent, sed solum contra tertium possessorem. de rei vind. l. is a quo. q. no.

Die beiden Kläger streiten nicht nur gegen den gemeinschaftlichen Beklagten, sondern auch unter sich, sie stehen

---

[120]) S. Baldus zu dieser Stelle unten bei Note 121. Dass die Additiones des Dynus († ca. 1298) zur Glosse sich auch auf die Glosse zu den Libri Feudorum beziehen, bemerken übrigens Diplovataccius (Sarti I. pag. 238) und v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter V. (2. Aufl.) S. 453 und 454 nicht.

[120a]) Geschr. 1390—1393, v. Savigny a. a. O. VI. S. 241.

[121]) Vgl. dazu auch in nr. 5 ibid.: Unus ex competitoribus potest

einander als Parteien, wie dem Beklagten, gegenüber; inter se litigant, wie gegen den Dritten, den Besitzer. Und das ist die Folge davon, dass der eine Kläger seinen Angriff richtet nicht nur gegen den Beklagten, sondern auch gegen den Mitkläger, unus infringit competitorem, obiiciendo se sibi, dass er ihm Opposition macht, und zwar angriffsweise. „Unus tertius petitor," sagt später der Neapolitaner Praktiker Matthaeus de Afflictis[122]) zu derselben Stelle, „infringit competitorem obiiciendo se principaliter sibi," er opponirt dem Mitkläger principaliter,[123]) d. h. als Partei, nicht als blosser accessorischer Intervenient; und zwar als Kläger: „unus agit contra alium competitorem infringendo eius iura."

Durch diese Opposition nun bewirkt er, dass über die Klage des Anderen nur zusammen mit seiner eigenen, aber auch, dass über seine eigene Klage nur zusammen mit der Klage des Anderen entschieden werden kann. Ein Urtheil entscheidet jetzt über beide Klagen, schafft Ordnung unter sämmtlichen Parteien. Es entscheidet rechtskräftig auch zwischen Kläger und Kläger: der Angriff des Klägers gegen den Kläger ist identisch mit der Klage des Beneficialprätendenten gegen den anderen Prätendenten, wie sie von der canonischen Doctrin und Praxis entwickelt worden ist; sie bewirkt den gleichen Erfolg.

Es wird späterhin zu zeigen sein, wie durch die Rota Romana die Fortbildung dieser Processfigur beeinflusst, wie die Principalintervention des weltlichen Rechts als mit der canonischen identisch in Italien selber anerkannt wird. Und wäre sie nicht schon früh durch die canonische Doctrin und Praxis dem römisch-canonischen Processrecht assimilirt worden, sie hätte der romanistischen Doctrin aufs Höchste anstössig sein müssen, und unmöglich hätte sie aus jener Stelle des Lehnrechts heraus von Baldus sofort mit solcher Klarheit und Präcision entwickelt werden können. Aber ihm, dem genauen Kenner des canonischen Rechtes, der selbst über canonisches Recht geschrieben, der zu der römischen Curie in nahen Beziehungen stand,[124]) mussste die Principalintervention des canonischen Processes ein wohlbekanntes Institut sein. —

„Pro neutro potest ferri sententia nisi iure utriusque discusso," oder wie Matthaeus de Afflictis es ausdrückt:

---

confringere competitorem suum ex delicto in se commisso et vincet contra tertium conventum, contra quem probavit.

[122]) 1448—1528.

[123]) S. unten Note 177.

[124]) v. Savigny a. a. O. VI. S. 231 ff.

Non postet ferri sententia pro eo qui primo confecit processum, sed ille processus supersedebit, donec concludetur alius processus, et simul expediantur istae causae.

Sicherlich ist dieser Satz, in dieser Allgemeinheit, mit dieser Bestimmtheit aufgestellt, keine Erfindung des Baldus, sicherlich würde ihn aus dem Lehnrecht heraus Baldus nimmermehr deducirt haben — wenn er eben nicht in praktischer Geltung gewesen wäre. Die harmonirenden Bestimmungen aber der vorhin angeführten Statuten geben in Verbindung mit dem Satze des Baldus, in Verbindung mit den Spuren der Principalintervention, welche sich schon in der früheren Doctrin des 14. Jahrhunderts nachweisen lassen, ein vollgültiges Zeugniss ab für eine im 14. Jahrhundert sicher feststehende italienische Praxis.[125]) Dieser Praxis hat Baldus seinen obigen Satz entnommen, der unausgesprochen freilich auch dem § 8. F. de pace tenenda (2,27) und, nach des Dynus und Baldus Construction des Falles, auch dem § 7 zu Grunde liegt.

In Baldus laufen eben alle Fäden der Entwickelung zusammen, welche wir einzeln seither verfolgt haben: als Canonist kennt er die Principalintervention des canonischen Processrechts; aus seiner eigenen praktischen Thätigkeit ist ihm die weltliche Praxis geläufig, und — er interpretirt deutsches Recht.

Auf die deutsche Rechtsanschauung aber, so wie sie oben skizzirt worden, ist diese Praxis zurückzuführen.[125a]) Nicht kann die Hemmung des anhängigen Processes erklärt werden durch die Annahme einer accessorischen Intervention; denn, und dies ist der Punkt, bei welchem die Principalintervention auch schon in der Doctrin vor Baldus zu Tage tritt, diese Hemmung tritt auch dann ein, wenn die Rechtsbehauptung des Dritten vom Beklagten selber zu seiner Vertheidigung nicht verwendet werden könnte; das aber steht in schneidendem Widerspruch zu dem Wesen der accessorischen Intervention.

„Bona fides", sagt die l. 31 D. depositi (16,3) „quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat." Es fragt sich (§ 1):

Bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum ad quas id quod geritur

---

[125]) Durch seine vielfache eigene praktische Thätigkeit hatte Baldus Gelegenheit genug, dieselbe kennen zu lernen. Vgl. v. Savigny, a. a. O. VI. S. 216. 218. 230 und 231.

[125a]) Hier muss hervorgehoben werden, dass z. B. in den Statuten von Cremona a. d. J. 1387 erst die Lex Longobarda für aufgehoben erklärt wird: cap. 366. Rubr. de lege Longobarda cassa.

pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt.

Die Frage wird hier ganz von materiell-rechtlichem Gesichtspunkte aus betrachtet: aber die italienische Doctrin supponirt, dass zugleich Deponent, Depositar und Eigenthümer im Processe mit einander streiten. Schon Cinus bemerkt zur l. si quis conductionis (25) C. locati (4,45):[126])

Locavi tibi rem quandam; finito tempore locationis volui rem repetere. Numquid mihi potes referre quaestionem dominii? Dicit imperator: quod non. —

(Tertio) — videtur contra D. depos. l. bona fides (31 D. 16,3).

Solutio: Lex illa non dicit hoc sed dicit, quod conventus restituere debet domino. Unde refert: aut ille, qui habet a me causam, conventus ex illa causa, refert mihi quaestionem dominii et non potest ut hic. Aut non ille; sed alius tertius venit et movet controversiam proprietatis: tunc cognoscitur de dominio, et si ille probat rem suam, restituetur.

Die gleiche Auffassung weiterhin bei Albericus de Rosciate.[127]) Zur l. edicto (3) C. de edicto divi Hadriani tollendo (6,33) fragt er: „Quis sit legitimus contradictor?“ Wer kann der Einweisung in den Besitz einer Erbschaft auf Grund eines äusserlich fehlerfreien Testamentes rechtswirksam widersprechen? Kann widersprechen auch der Nichtbesitzer, der ein „par ius quoad hoc edictum“ behauptet?[128])

Licet, cum nemo eorum possideat, non possit alium ingredientem impedire, cum sit vacua: tamen de modo iudicii videtur dubium. Nam licet quilibet habere videatur ius petendi, an habere dicatur ius resistendi, cum non praetendat ius possessionis, sed ius ad eam, et hoc interesse non solet attendi. — Satis videtur posse sustineri, si simpliciter resistat, quod non sit legitimus contradictor ad resistendum, sed si se mitti petat, tunc videtur legitimus contradictor. Quod sic probatur: Si deponens

---

[126]) Scr. 1312—1314. Cinus ist, als er schrieb, (zu Pistoja und Rom) nur praktisch thätig gewesen; vgl. v. Savigny, a. a. O. VI. S. 89 und 90. 79. 22.

[127]) † 1354. Er ist den grössten Theil seines Lebens Advocat in seiner Vaterstadt Bergamo gewesen, v. Savigny, a. a. O. VI. S. 127.

[128]) Vgl. damit auch Bartolus zu derselben Stelle, besonders ad § sin autem nr. 21 v. med.

petat restitutionem rei depositae aut verus dominus per viam contradictionis volens impedire ne restituatur et non auditur. Aut petendo rem sibi restitui et tunc praefertur, quia fortius ius praetendit.

Zur l. si alienam (11) D. soluto matrimonio quemadmodum dos petatur (24,3):

Si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est, quasi suam dedisset,

fragt Bartolus[129]) (nr. 5):

Quaero, praedicta loquuntur, quando ipsemet conventus obiicit exceptionem dominii; sed quid si extraneus venit dicens, ego sum dominus, non restituas huic agenti actione personali? — (Quando) extraneus veniens contradicit restitutionem fieri agendo — tunc impedit restitutionem fieri l. bona fides s. depos. — Hoc verum est, si extraneus agens venit ante latam sententiam pro primo.

Ein analoger Fall[130]) ergibt sich der Doctrin aus l. 28 (ita tamen) § 6 (quoties) D. ad SC. Trebellianum (36, 1).[131])

Und allgemein gestattet Joh. Petrus de Ferrariis in seiner Practica[132]) dem Dritten, (vorausgesetzt nur, dass er ein „Interesse" daran habe) zu verlangen, dass in dem fremden Rechtsstreit zugleich über sein Recht erkannt werde. Er untersucht, inwieweit man, klageweise oder vertheidigungsweise, sich auf ein ius tertii berufen könne und fährt dann fort:

Quid ergo, si ius tertii non proponitur ab alio in vim agendi nec excipiendi, sed ille tertius pro suo interesse comparet in lite inter alios mota petens de iure suo cognosci, an sit audiendus? Dic quod sic.[133])

---

[129]) Bartolus (bekanntlich Schüler des Cinus, auch Zeitgenosse des Albericus, 1314—1347) ist gleichfalls in mehreren Richterstellen praktisch thätig gewesen (in Todi und Pisa, s. v. Savigny, a. a. O. VI. S. 146).

[130]) Vgl. ferner auch unten Note 147.

[131]) Ungenau hier Bartolus: institutus non potest opponere de viribus testamenti — sed hic comparebat filius qui opponebat — ex quo not. quod tertius veniens opponit exceptionem, quam conventus non potest opponere. Ebenso zu l. si quis conductionis cit. nr. 3: (in l. bona fides D. depos.) non solum ego opponebam de dominio tertii sed etiam ipse tertius agebat contra me et assistebat mihi. — Nach Angelus de Ubaldis ad l. Titia (34) sol. matrim. (24,3) nr. 3 wird diese Lex allegirt dafür, quod tertius in iudicio veniens auditur ad impediendum processum agentis.

[132]) Angefangen a° 1400, auch Practica Papiensis genannt, d. h. Practica des Papiensis, wie Joh. Petrus de Ferrariis auch schlechthin citirt wird, nicht etwa, wie Muther (Wetzell, System ed. III, § 3 N. 10 S. 14) meint, weil darin „die Praxis von Pavia berücksichtigt" wäre. In der Vorrede nennt sich der Verfasser einen Bürgerssohn von Pavia und bemerkt, dass er in Procuratorum et Notariorum dictae civitatis doctrinam (zu ihrer Belehrung) schreibe.

[133]) Er fügt hinzu: ut in c. cum super X. de re iud. et not. per

Ja, noch bei dem „Stifter und Führer der neuen Rechtsschule in Italien und Frankreich," bei Alciatus begegnet uns, gelegentlich der Erklärung der l. bona fides D. depositi, ganz die gleiche Anschauung, diesmal unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den grundlegenden Satz des Baldus. Alciatus untersucht, wie zu verfahren sei, wenn die Herausgabe derselben Sache von einem Kläger mit einer persönlichen, und gleichzeitig von einem anderen mit der Eigenthumsklage begehrt werde. Im Laufe dieser Untersuchung[134]) wirft er die Frage auf:

> Quid si creditor prius de iure suo quam extraneus doceat? Non restitutio differri non debet, dum tamen possessori caveatur? l. pen. de pet. her. l. is a quo. Crediderim tamen, si uterque tam extraneus quam creditor, non solum adversus possessorem litigant; sed etiam disputant inter se, uter potior sit, tunc una sententia omne negotium terminandum esse, nec ad cautionis opem deveniendum: quod et Baldus sensit (Felinus c. cum super vers. limita tertio de re iud.)[135]) et nos convenire generalitati legis nostrae arbitramur, ut ideo simpliciter hic proferri dominum latroni dicatur, quia simul omnes contendebant: unde non potuit super latronis erga depositarium iure prius pronunciari.

Aber auch darin tritt die Scheidung der Principalintervention von der accessorischen scharf hervor: wie nach canonischem, so ist auch nach weltlichem Processrecht der intervenirende Kläger, der ausschliesslich in eigenem Interesse auftritt, nicht gleich dem accessorischen Intervenienten an die Lage des schwebenden Processes gebunden.[136])

Innoc. in gl. 2 in c. veniens de test. et per Bartol. in d. l. a divo Pio § si super rebus D. de re iud. etc. Die Zusammenstellung mit den Citaten aus Innocentius und Bartolus, welche a. d. a. O. nur weitläufig von der Intervention im Executionsverfahren reden, zeigt, was auch von der Anführung des c. cum super zu halten ist. Wie wenig oder, besser, wie so gar nichts auf derartige gelegentliche Citate zu geben ist, weiss Jeder, der sich auch nur oberflächlich mit der italienischen Doctrin beschäftigt hat und ihre Manier zu citiren kennt.

[134]) Commentarii in Digesta, ad l. 31 (bona fides) § 1 (incurrit hic) Depositi (16,3) nr. 31.

[135]) Felinus citirt hier nur wörtlich den Satz des Baldus. vgl. unten Note 144.

[136]) Baldus ad l. si eo tempore (6) C. de remiss. pign. (8,25) nr. 6. — Si tertius, non citatus, pro suo interesse venit et comparet et contradicit post terminum, an debeat audiri? Dic quod non si veniat ut assistat tunc inchoatis, quia arctatur illis terminis, quibus utuntur principales citati. — Sed si non venit, ut assistens causae inchoatae, sed ut ex se, tunc bene potest comparere post terminum — non tamen opponit declinatorias vel dilatorias (z. B. iudicis inhabilis) nisi respectu futuri processus nec dicit acta nulla, quia non fuit citatus. Ebenso der Bruder des Baldus, Angelus de Ubaldis, zu derselben Stelle. Vgl. Dec. Rot. Rom. o. bei N. 93a. Aus späterer

Dass auf jenem Baldus-Satze die spätere Doctrin von der Principalintervention beruhe, wurde bereits hervorgehoben.

Alexander Tartagnus[137]) hat ihn unter seine Zusätze (apostillae) zu des Bartolus Commentaren aufgenommen, als Einschränkung der l. is a quo D. de rei vindicatione, und ihm dadurch die weiteste Verbreitung gesichert. Es folgen demselben unbedingt, ausser Matthaeus de Afflictis und Alciatus, im 16. Jahrhundert noch z. B. Angusola[138]) (Piacenza), Ursillus[139]) (Neapel), Vincentius de Anna[140]) (Neapel), Menochi[141]) (Padua) und die von diesen allegirte Praxis.[142])

Auch auf die canonische Doctrin wirkt die Anschauung des weltlichen Rechtes wieder zurück. Felinus Sandeus (Auditor Rotae)[143]) wiederholt in seinem Commentar zu den Decretalen Gregor's IX. den Satz des Baldus ohne alle Einschränkung.[144])

Eine schon erwähnte Entscheidung der Rota Romana, dass dem Spolienkläger gegen das von einem Dritten über die streitige Sache wider ihn anhängig gemachte Petitorium die exceptio spolii mit dilatorischer Wirkung nicht zustehe, wird von Panormitanus (gleichfalls Auditor Rotae[145])) dahin gewendet: es hemme der Dritte mit seiner Eigenthumsklage den schwebenden Spolienprocess; er opponire, was der Spolienbeklagte selber nicht vermöchte, mit Wirksamkeit der Spolienklage die Behauptung seines Eigenthums.[146]) Und diese Meinung findet Beifall auch in der späteren canonischen Doctrin.[146a]) Dass sie ausdrücklich auch für das

---

Zeit s. noch Franc. Monaldus (2. Hälfte des 16. Jahrhunderts) Consil. 49 nr. 4.

[137]) † 1477.

[138]) Consilia II. 62.

[139]) Additiones ad Matth. de Afflictis Decisiones Neapolitanae 235 i. f.; er beruft sich auf eine Neapolitaner Entscheidung von 1555.

[140]) Nach Menochi's Citat, unter Berufung auf eine Neapolitaner Entscheidung von 1570.

[141]) Consil. 488 nr. 8. 9.

[142]) Auch der Portugiese Petr. Barbosa in seinem Comment. in Tit. Dig. Soluto Matrimonio, l. si alienam (11) nr. 8 ff. Der Tertius schütze gegen den Erstkläger die „exceptio tua non interest“ vor.

[143]) Lebte 1444—1503.

[144]) Ad c. cum super (17) X. de sent. (2,28) nr. 11 Limita tertio, nämlich die l. is a quo D. de rei vind., ohne jedoch auf das c. cum super dafür Bezug zu nehmen. (Planck (Mehrheit S. 441 N. 2) citirt zwar den Felinus, aber gerade nicht diese Stelle.)

[145]) Von 1425 an. S. v. Schulte, a. a. O. S. 312.

[146]) Ad c. literis X. de restit. spol. nr. 33. Nota quod privilegium possessorii, ut illud intentans non possit reconveniri super petitorio procedit solum contra spoliantem non contra tertium opponentem de dominio suo, quod expresse tenent Dom. de Rota — ubi dicunt, quod contra agentem possessorio potest se opponere tertius et agere

weltliche Recht gebilligt wird, ist vom Standpunkt der eben geschilderten Doctrin und Praxis aus nur consequent.[147])

Aber nachhaltiger ist der Einfluss der canonischen Praxis auf das weltliche Recht. Die Erkenntniss, dass die Interventionsklage lediglich der Beginn eines selbständigen Rechtsstreites und darum, nach den Principien des römisch-canonischen Processrechtes, an sich unvermögend sei, auf den schwebenden Rechtsstreit hemmend einzuwirken, bricht sich Bahn auch in der weltlichen Praxis. Vermittelt aber wird diese Erkenntniss durch die schon im vierzehnten Jahrhundert entwickelte Praxis der Rota Romana, speciell durch die citirte Decisio 4 de iudiciis der Decisiones antiquiores Rotae Romanae.[148]) Die Principalintervention des canonischen und des weltlichen Rechtes werden als ihrem Wesen nach identisch anerkannt. Aber negirt wird nur der Einfluss der Interventionsklage auf den schwebenden Process, nicht diese selber. Unberührt bleibt ihr eigentliches Wesen, unberührt bleibt sie in ihren Voraussetzungen, in ihrem Inhalt, ihrer Richtung, ihrem Zwecke, ihrem Erfolg; unberührt bleibt das Verhältniss des Interventionsklägers zum Kläger des schwebenden Rechtsstreites.[149])

Zur unumschränkten Herrschaft ist aber diese richtige Erkenntniss im 16. Jahrhundert in Italien noch nicht gelangt. Zwischen Hemmung und Nichthemmung des schwebenden Rechtsstreites schwankt die weltliche Praxis[150]) hin und her.

---

petitorio —. Innocentius dicit quod contra mulierem possessorio agentem contra maritum non potest tertia mulier se opponere agendo de proprietate matrimonii ad effectum impediendi restitutionem etiam si vellet incontinenti probare et nihil allegat; ego tenui contrarium.

[146a]) Vgl. namentlich Berojus († 1554) zu derselben Stelle.

[147]) Maranta, de ord. iud. IV. 39 (vor 1540). Menochi, Consil. 488 nr. 10 und Tract. de recuperanda possessione I. 372—381 und die hier Citirten. Lancellotus de attentatis III. 30,30. Auch vgl. den Franzosen Guido Papa (Guipape † 1487), Decisiones Gratianopolitanae q. 37 nr. 4.

[148]) Auf sie wird im 16. Jahrhundert in diesem Zusammenhang stets Bezug genommen, entweder unmittelbar, oder, was freilich weitaus am meisten der Fall ist, durch Berufung auf einen Schriftsteller (namentlich den Spanier Covarruvias), der sie citirt.

[149]) Vgl. mit der citirten Decisio Rotae Romanae selber und mit den Ausführungen des Covarruvias (docirte seit 1543) practicae quaestiones, cap. 14 § 3. 4 (der auch bezeugt: atque ita non semel vidi pronunciari et pronunciavi in hoc regio Granatensi praetorio): u. A. Josefus Ludovicus, decisiones Perusinae I. dec. 26 (Vorrede von 1572) nr. 26. (Streitgegenstand ist eine „servitus cuiusdam viae"; tertius — dic(it) d. servitutem deberi tantummodo ipsi —.) Vincentius de Franchis Decis. 261 (a. 1581, Neapel). Fachineus Controversiarum lib. I. cap. 5. Zu vgl. auch Anton Faber (Codex Fabrianus) lib. 3 tit. 1 de iud. def. 7. (a. 1589.)

[150]) Fachineus konnte die Frage in seine Controversensammlung aufnehmen (s. Note 149.).

In dieser Gestalt, so wie sie in Italien sich herausgebildet hat, auch mit dieser Unfertigkeit, ist die Principalintervention in das gemeine deutsche Processrecht recipirt worden;[151]) willig, denn ihr entsprach einheimische Rechtsgewohnheit, und sie hatte selbst ihre Wurzel in deutschem Recht.

Das Verhältniss, in welchem die Principalintervention zu den Bestimmungen des römischen Rechtes steht, ist bereits gelegentlich hervorgetreten. Das Princip der l. is a quo D. de rei vindicatione ist der Doctrin nur da anwendbar, wo die beiden Kläger ohne alle Beziehung zu einander selbständig klagend aufgetreten sind. Das Unterscheidende der Principalintervention ist eben dies, dass die Klage des Dritten sich gegen Beklagten und Kläger richtet. Die Principalintervention macht die Caution der l. is a quo überflüssig;[151]) das ist selbstverständlich, wenn sie den Urprocess hemmt und eine gemeinschaftliche Entscheidung beider Processe herbeiführt. Es gilt aber auch dann, wenn keine Hemmung des Urprocesses eintritt, weil der Zweck, welchen die Caution erfüllen soll, vollständiger bereits durch die Interventionsklage selbst erreicht ist; indem sie nämlich den Erstkläger als Partei dem Interventionskläger gegenüberstellt, und directe Verurtheilung des Erstklägers an den Interventionskläger herbeizuführen vermag.[152]) Es kann darum offenbar nur noch gegenüber dem Interventionskläger eine Cautionspflicht des siegenden Ur-

---

[151]) Den Beweis der Reception mögen einstweilen folgende Citate erbringen: Zasius († 1535) Comment. ad l. si alienam (12) D. sol. mat. (24,3) nr. 14 und Paratitl. in tit. D. 5,2 de inoff. testam. nr. 66. — Hieron. Schurpf, Consil. (ed. 1594) cent. II. cons. 13. — Bernh. Greven, practicae conclusiones (a. 1602) Concl. 69, consil. 1.; Concl. 71. — Kaspar Klock, Consilia, vol. III. cons. 133 nr. 63 ff. (ca. 1629). — Ummius († 1643), disputationes, de interventione thes. IV. (Vgl. auch Vultejus iurisprud. Rom. (ed. 1590) II. 30,7.) — Speciell für das Reichskammergericht: Mynsinger, singul. observ. iud. imp. Camerae Centur. II. (a. 1563) obs. 1 und Centur. V. (a. 1576) obs. 14 nr. 14. — Gaill, Observationes (a. 1578) I. de interventione obs. 70 nr. 19 mit 25 ff. bes. 27: Immo agenti consulendum est, quando intellegit extra iudicium tertium quendam iactare, se aliquid iuris habere super re litigiosa, ut eum citari faciat ad comparendum et assistendum liti iusque suum deducendum et prosequendum, ut una sententia lis coepta finem accipiat. (Die canonische Adcitation!) Ita saepius ad instantiam actorum vel appellantium citationes in Camera decretas memini. Obs. 71 nr. 14. Obs. 122 nr. 8. — Emericus a Rosbach, processus (a. 1599) tit. 47 nr. 2. — Meichsner Decis. Camer. Imper. (1603 — 1606) vol. III. dec. 32. — Rutgerus Rulandus. exempla Cameralia ad process. iudic. Ferrarii Montani (Hamb. 1608) p. 8. 10. 73. — Von sächsischen Processualisten, z. B. Berlich, Conclusiones (praef. a. 1618) concl. 25. — Carpzov, processus (a. 1657) IV. 2. — Suendendörffer, processus Fibigianus (a. 1675) cap. 2 § 11.

[151]) S. auch Alciatus bei Note 134.

[152]) S. oben bei Note 108.

klägers in Frage kommen, und zwar nur eine Verpflichtung zu Realcaution, deren Voraussetzungen mit den materiellen Voraussetzungen des Sicherungsarrestes identisch sind.[153])

Legt man nun die deutschrechtliche Urtheilsauffassung zu Grunde, so ergibt sich als Construction der mittelalterlichen Principalintervention aus der geschichtlichen Entwickelung des Instituts die folgende

Die Principalintervention ist nicht Species der Intervention, sie ist Species der Klage, sie ist Interventionsklage; sie eröffnet einen selbständigen Process, sie eröffnet den Interventionsprocess.

Ihrer äusseren Erscheinung nach ist sie gegen beide Parteien eines anhängigen Processes in dem Forum dieses Processes erhobene Klage. Materiell ist sie, ihrer specifischen Natur nach, Begehren eines gegenüber diesen beiden Parteien rechtskräftigen Urtheils.

Sie ist nicht Begehren der rechtskräftigen Feststellung gegenüber dem Beklagten und daneben der Feststellung gegenüber dem Kläger; sie ist Begehren der Feststellung unter allen Parteien, Kläger, Beklagtem, Interventionskläger, zugleich.

Nicht aus dem Wesen der Rechtskraft ergibt sich ihre Beschränkung auf zwei Parteien, nicht aus dem Begriffe der Urtheilsfeststellung im Civilprocess ergibt sich mit logischer Consequenz, dass sie wirke für und wider einen Beklagten für und wider einen Kläger.[153a])

Verurtheilung ist denkbar nur von Partei zu Partei; das verurtheilende Erkenntniss des römisch-canonischen Processes ist aber nicht bloss Verurtheilung, es ist auch rechtskräftige Feststellung. Soweit es rechtskräftige Feststellung ist, kann es, seinem Begriffe nach, wirken unter unbeschränkt viel Betheiligten zugleich, in der Weise, dass es bindend für jeden Betheiligten gegenüber jedem Betheiligten ist. Die Interventionsklage ist gerichtet auf ein so wirkendes Urtheil.

Das folgt mit Nothwendigkeit aus der Entwickelung der Principalintervention, es folgt aus ihrer deutschrechtlichen Wurzel. Das Urtheil des Interventionsprocesses wirkt gegen den Erstkläger, wie es wirken würde kraft Adcitation des Erstklägers.

Die Nothwendigkeit der una sententia[154]) ist durch die Entwickelung der Principalintervention nicht beseitigt für den

---

[153]) Ueber diese vgl. Wach, Arrestprocess. § 11—13. S. noch speciell die Legisten ad l. is a quo cit. und l. pen. de her. pet. (5, 3), statt Aller gl. satisdaret] (zu ersterer): ubi persona est suspecta.

[153a]) Vgl. oben Seite 204.

[154]) S. oben Seite 219 ff. und Seite 229 f. 227 f. 233.

Interventionsprocess, nicht beseitigt für das Verhältniss des Interventionsklägers zu Erstkläger und Beklagtem im Interventionsprocess; sie ist beseitigt nur für das Verhältniss des Urprocesses zum Interventionsprocess. Ein Urtheil soll Ordnung schaffen unter allen Parteien zugleich.

Dem relevanten Begehren eines auch gegen den Erstkläger wirksamen Urtheils entspricht die Defensionspflicht des Erstklägers im Interventionsprocess.[155]) Nicht kraft eines speciellen Satzes des Civilrechts wird das Urtheil des Interventionsprocesses über den actionsverpflichteten Beklagten hinaus auch gegen den Erstkläger wirksam. Sein Verlangen nach einem auch gegen den Erstkläger wirksamen Urtheil realisirt darum der Interventionskläger so, dass er sich auch ihn als Partei gegenübernöthigt. Und umgekehrt, weil dem Erstkläger, als Partei, im Interventionsprocess die unbeschränkte Vertheidigungsmöglichkeit gewährt ist, darum darf das Urtheil des Interventionsprocesses auch gegen ihn rechtskräftig werden.

Was der Interventionskläger vom Erstkläger begehrt, das begehrt er von ihm lediglich von Processrechts wegen. Die Pflicht des Erstklägers gegenüber dem Interventionskläger ist eine lediglich processuale Pflicht. Einen civilrechtlichen Anspruch, eine Actio,[156]) behauptet der Interventionskläger nur gegen den Urbeklagten. Er begehrt die Durchsetzung dieser Actio gegen diesen Beklagten, aber er begehrt ihre Durchsetzung vermittels eines auch gegenüber dem Erstkläger wirksamen Urtheils. Die Nothwendigkeit eines Beklagten für je einen Process folgt nicht aus dem Wesen des Rechtsstreits, sie folgt aus dem Wesen der Actio als Gegenstandes des Civilrechtsstreites. Sofern der Process die Realisirung der Actio bezweckt, fordert er mit Nothwendigkeit die Beschränkung auf einen Beklagten; sofern er aber Urtheilsfeststellung, im deutschrechtlichen Sinne, bezweckt, verträgt er mehr als einen Beklagten; so wenig diese, ihrem Begriffe nach, auf einen Beklagten beschränkt ist, so wenig ist es der Process, sofern sie Zweck des Processes ist.

---

[155]) Nach der Reichscivilprocessordnung würde ihm auch entsprechen die Erklärungspflicht des Erstklägers; vgl. über diese beiden Begriffe Wach's Ausführungen in Grünhut's Zeitschrift Bd. VI S. 515 ff. 593 ff. Bd. VII S. 130 ff, zu welchen ich mich bekenne.

[156]) Ich lasse der Einfachheit halber im Folgenden den Fall einer Feststellungsklage ausser Acht, auf welchen übrigens das hier Gesagte leicht anzuwenden ist. Dass schon das mittelalterliche Recht Feststellungsklagen in sehr weitem Umfange kannte, s. Feststellungsklage Abhdl. I.; dass auch mit Bezug auf eine Feststellungsklage Principalintervention zulässig, kann, nach der sich uns hier für das mittelalterliche Recht ergebenden Construction dieses Institutes, keinem Zweifel unterliegen.

Der mittelalterliche Interventionsprocess ist nicht die Verbindung zweier Processe, mit je einem Beklagten; er ist ein Process mit zwei Beklagten. Der Erstkläger steht, im Interventionsprocess, nicht neben dem Beklagten, er steht zwischen dem Interventionskläger und dem Beklagten, sofern dieser Actionsverpflichteter ist; der Weg zur Realisirung der Actio, zur Realisirung durch Urtheil, geht im Interventionsprocesse nur über ihn. Sein Widerspruch ist von der gleichen Relevanz, seine Handlungen von der gleichen Wirksamkeit, wie die des Urbeklagten, sofern sie auf Abwehr der Urtheilsfeststellung gerichtet sind, welche auch ihm gegenüber rechtskräftig werden soll, — ohne welche ja aber auch die Realisirung der Actio im Wege des Processes nicht erfolgen kann. Der Interventionskläger kann nicht einseitig die Verurtheilung des Urbeklagten, etwa auf Grund seines gerichtlichen Geständnisses, bewirken, ohne auch den Erstkläger überwunden zu haben. Das folgt mit logischer Consequenz aus der Nothwendigkeit der una sententia. Das Gegentheil wäre eine schreiende Ungerechtigkeit gegen den Erstkläger unzweifelhaft dann, wenn durch die Interventionsklage oder zufolge derselben der Urprocess sistirt worden ist.

Auch sein Widerspruch ist für den Dritten ein „impedimentum", welches ihm die Durchsetzung seines Rechtes erschwert; eben darum erwächst aus der Litiscontestation — nach einer canonistischen Auffassung — doch auch wieder eine Actio des Interventionsklägers auch gegen den Erstkläger. Der Interventionskläger hat zwei Gegner zu überwinden, hat durch seine Klage sich zwei Gegner geschaffen — das ist der nothwendige Preis, welchen er zahlen muss für das gegenüber Beiden rechtskräftige Urtheil.

Der Erstkläger handelt im Interventionsprocess nicht als accessorischer Intervenient;[157]) er handelt zwar auch wie dieser in eigenem Namen kraft eigenen Rechtes mit Wirksamkeit zugleich auch für den Urbeklagten, aber er handelt nicht im fremden Process, er handelt in eigenem Process, er ist Processsubject. Das zeigt sich auch darin: Er stellt mit Wirksamkeit auch solche Behauptungen auf, welche von dem Urbeklagten zu seiner Vertheidigung nicht verwerthet werden könnten. Er setzt relevanter Weise der actio Publiciana die Behauptung seines Eigenthums entgegen, wenn der Urbe-

[157]) Dies behauptet für das gemeine Recht Planck, Mehrheit S. 457 ff. Seine Construction entbehrt aber der historischen Grundlage, und dürfte auch an sich (jedenfalls jetzt nach der Gestaltung der accessorischen Intervention in der RCPO.) nicht wohl haltbar sein. Das schliesst nicht aus, dass die sich aus der hier versuchten Construction ergebenden Folgerungen theilweise mit den von Planck a. a. O. aufgestellten Einzelsätzen sich decken.

klagte gegenüber dem Interventionskläger nur späteren Erwerb von demselben Auctor zu behaupten vermag.

Sein Begehren kleidet der Interventionskläger in die Form eines auch gegen den Erstkläger gerichteten Anerkennungspetitums, eines Antrages auf impositio silentii, in der Sprache der Canonisten. Aber daraus folgt nicht, dass die mittelalterliche Interventionsklage sei die blosse Cumulation einer gegen den Erstkläger gerichteten Feststellungsklage mit einer gegen den Urbeklagten gerichteten Klage auf Leistung.[158] Der Interventionskläger behauptet kein selbständiges Interesse an der Feststellung seines Rechtes allein gegenüber dem Erstkläger; ist die Interventionsklage z. B. in ihrer Richtung gegen den Urbeklagten, weil dieser dilatorische Einreden liquid gestellt hat, zur Zeit abzuweisen, so bleibt sie nicht ohne Weiteres in ihrer Richtung gegen den Erstkläger als Feststellungsklage bestehen. Es steht diese Construction im Widerspruch mit all' den Sätzen, welche sich uns aus der Entwickelung der Principalintervention als nothwendig ergeben haben; sie würde von all' diesen Sätzen das Gegentheil ergeben. Sie würde ergeben, dass der Interventionsprocess sei die bloss äusserliche und, nach Belieben, auch wieder lösbare Verbindung zweier von einander ganz unabhängigen Processe, welche ganz unabhängig von einander durchgeführt werden könnten, und durchzuführen wären; sie würde ergeben, dass z. B., wenn die Interventionsklage allein in ihrer Richtung gegen den Urbeklagten, etwa in Folge seines gerichtlichen Geständnisses, zum Spruche reif wäre, sie allein

---

[158]) Es scheint, dass ich hier in scharfen Gegensatz zu meinem theueren und verehrten Dominus gerathe, der die Auffassung der Principalintervention als einer „Doppelklage: die eine gerichtet gegen den bisherigen Beklagten, von dem (Kläger) Leistung begehrt, die andere gegen den bisherigen Kläger, von dem er Anerkennung seines Rechtes fordert" für die einzig mögliche dogmatische Auffassung erklärt hat. Aber, genau genommen, leugnet doch auch Wach (Vorträge über die Reichscivilprocessordnung) die logische Unmöglichkeit einer anderen Construction nur für das gemeine und jetzige Recht. — Für das gemeine Recht wird die Principalintervention construirt als Cumulation von Präjudicialklage mit Klage auf Leistung von Bruns, Besitzklagen, S. 3; für die Reichscivilprocessordnung auch von Schultze, Nebenintervention (1880) S. 56, Note 103, im ausdrücklichen Widerspruch zu Planck's Erörterungen (a. a. O. S. 455 ff.), womit es nicht recht übereinstimmt, wenn Schultze seine Erörterungen mit dem Satze beginnt, dass „die rechtliche Natur der sogenannten Hauptintervention als einer neuen mit dem obschwebenden Rechtsstreit in keiner inneren Verbindung stehenden Klage durch Planck's treffliche Ausführungen für immer klar gestellt" sei; Planck's dogmatisches Hauptverdienst um die Principalintervention besteht m. E. gerade in diesen von Schultze widersprochenen ebenso klaren wie anregenden Ausführungen; dass die Hauptintervention eine neue Klage sei, das hatte man doch schon lange vor Planck erkannt.

in dieser Richtung durch Urtheil zu erledigen, gegen den Erstkläger allein als Feststellungsklage fortzuführen sein würde. Sie würde ergeben, dass im Interventionsprocess die Handlungen des Erstklägers so wenig dem Urbeklagten, wie die Handlungen dieses jenem zu Gute kommen könnten. Sie würde ergeben zwei ganz selbständige Urtheile, welche zwar auch äusserlich mit einander verbunden sein könnten, aber jedenfalls nur entscheiden würden zwischen Interventionskläger und Urbeklagtem einerseits, zwischen Interventionskläger und Erstkläger andererseits, nicht bindend sein könnten für die Parteien des Urprocesses unter einander.

Der Interventionsprocess ist noch weniger ein Fall der nothwendigen Streitgenossenschaft.[159]) Die Streitgenossenschaft setzt begrifflich voraus die Verbindung zweier selbständigen civilrechtlichen Ansprüche. Die nothwendige Streitgenossenschaft setzt begrifflich voraus, dass keiner dieser Ansprüche ohne den anderen durch Klage geltend gemacht werden könne. Keines dieser Merkmale trifft hier zu. Allerdings fordert die Principalintervention begrifflich die Richtung der Klage gegen beide Parteien zugleich; aber die Nothwendigkeit der Streitgenossenschaft ist nicht begriffliche, sondern reale Nothwendigkeit. Oder könnte der Interventionskläger seinen Anspruch nicht auch allein gegen den Beklagten einklagen, ohne den Kläger mitzubeklagen?

Die Verpflichtung des Erstklägers gegenüber dem Interventionskläger ist, wie schon hervorgehoben, eine lediglich processuale; und sie ist zu erfüllen nur in dem Forum des anhängigen Rechtsstreites; das heisst: für die Interventionsklage als solche ist das Gericht des anhängigen Rechtsstreites und nur[159a]) dieses zuständig. Das folgt daraus, dass die Interventionsklage ihrem Ursprunge nach Opposition im anhängigen Rechtsstreit, im römisch-canonischen Process anfänglich verquickt mit der accessorischen Intervention, ist. Die spätere Verselbständigung der Principalintervention hat an

---

[159]) (Dies nehmen für die Principalintervention der CPO. an z. B. Puchelt (Bem. 8) und Endemann (S. 336) in ihren Commentaren zu § 61 CPO.) Das schliesst natürlich nicht aus, dass die aus der Construction der Principalintervention sich ergebenden Sätze sich mit den von der CPO. für die nothwendige Streitgenossenschaft aufgestellten theilweise decken. Ausdrücklich gegen die Annahme einer nothwendigen Streitgenossenschaft Struckmann-Koch's Commentar.

[159a]) Für das gemeine Recht hebt Wetzell System S. 858 hervor, es sei dieser Gerichtsstand kein ausschliesslicher, weil der Dritte, da er überhaupt nicht zu interveniren brauche, auch bei dem sonst competenten Gericht klagen dürfe; das heisst doch nichts Anderes als: für diese Klage ist dieser Gerichtsstand kein ausschliesslicher — weil der Kläger diese Klage überhaupt nicht zu erheben braucht; — mit diesem Argument würde man jeden ausschliesslichen Gerichtsstand beseitigen.

ihrem Forum nichts geändert. Da,[160]) wo der Kläger Recht begehrt, da soll er auch Recht geben mit Bezug auf den Gegenstand seiner Klage, da soll er wegen seiner Rechtsbehauptung auch dem Dritten Rede stehen.[161])

Die Interventionsklage hat als solche ihre specifischen processualen Voraussetzungen.

Voraussetzung ist einmal, dass der Urprocess durch die Einlassung des Beklagten begründet sei. Das ergiebt sich daraus, dass die Opposition im Process, aus welcher die Principalintervention hervorgegangen ist, nur wirksam sein kann, wenn der Process selbst existent geworden ist. Es folgt auch aus der Natur der Sache.[162]) Weil der Kläger hier Recht fordert, soll er hier auch Recht geben; soll er gezwungen sein, hier Recht zu geben, bevor feststeht, dass ihm hier auch Recht werden soll? Soll er, weil er Kläger ist, auf die Klage eines Anderen hin in den Streit gebunden werden, bevor er selbst als Kläger in den Streit gebunden ist? Soll der Beklagte, weil er Beklagter ist, gezwungen werden, sich auf eine zweite Klage einzulassen, bevor feststeht, dass er sich auf die erste einzulassen verpflichtet ist? Soll der Dritte gegenüber den Parteien als solchen begehren dürfen das gegen Beide rechtskräftige Urtheil dieses Gerichtes, bevor feststeht, dass der Kläger gegenüber dem Beklagten rechtskräftige Entscheidung dieses Gerichtes verlangen kann?[162a])

Voraussetzung ist ferner,[163]) dass der Urprocess noch nicht, insbesondere noch nicht durch rechtskräftiges End-

---

[160]) In diesem Punkte berührt sich die Interventionsklage in ihrer Richtung gegen den Kläger etwas mit der Widerklage. Vgl. über diese Wach in Grünhut's Zeitschrift VII. S. 137.

[161]) Und mit dem Kläger muss auch der Beklagte da, wo er diesem gegenüber Recht genommen hat, auch gegenüber dem Dritten Recht nehmen; das ist von Bedeutung namentlich auch im Falle der Prorogation. — Wäre für die Klage des Dritten gegen den Urbeklagten ein ausschliessliches Forum anderwärts begründet, so wäre die Interventionsklage überhaupt unmöglich.

[162]) Es gilt auch noch für das heutige Recht. Es wird allgemein übersehen. Ich stelle diesen Fall neben die von Wach a. a. O. VII. S. 136 f. aufgeführten, in welchen die Litiscontestation auch noch im heutigen Process von Bedeutung ist. Es ergiebt sich hieraus ein weiterer Berührungspunkt mit der Widerklage. Das Wort „anhängig" des § 61 CPO. muss in diesem Sinne interpretirt werden. Ganz unrichtig citirt Endemann in seinem Commentar dazu nur § 235 CPO., ohne auf den § 254 CPO. Rücksicht zu nehmen. Beiläufig, dass ich auch mit Bezug auf eine Compensationseinrede eine Principalintervention für an sich zulässig halte.

[162a]) Es folgt aber daraus nicht, dass die Interventionsklage unwirksam und schlechthin abzuweisen sei, wenn die Einlassung im Urprocess noch nicht erfolgt ist. Ich gehe auf diese Detailfrage hier nicht näher ein.

[163]) Historisch zu begründen ist diese Voraussetzung analog der vorigen.

urtheil [164]) beendigt ist. Nach rechtskräftigem Endurtheil gelten ausschliesslich die Grundsätze von der Principalintervention in der Executionsinstanz. [165]) Executionsintervention ist aber auch die Principalintervention im Arrestprocess [166]) und im Executivprocess. [167])

Voraussetzung ist endlich, analog der accessorischen Intervention, ein „Interesse" des Interventionsklägers an der Interventionsklage. [168]) Das Interesse bestimmt sich näher als Interesse an der gegenüber beiden Parteien rechtskräftigen Feststellung. Dieses Interesse ist allein bedingt durch das Verhältniss des Inhaltes der Interventionsklage zu dem der Urklage; mit anderen Worten, durch das Verhältniss der Streitsachen. Es ist gegeben, wenn der Interventionskläger das von dem Erstkläger geltend gemachte Recht für sich in Anspruch nimmt. [169]) Es ist aber auch bei Ungleichheit der Streitsachen dann gegeben, wenn die Realisirung des von dem Erstkläger gestellten Petitums eine Verletzung des von dem Interventionskläger behaupteten Rechtes Seitens des Erstklägers involvirte. Das ist niemals der Fall, wenn das Klagpetitum sich auf ein dingliches Recht gründet, der Dritte eine Contractsobligation behauptet; hier fehlt es an dem „Interesse" ganz und gar. Es kann der Fall sein, wenn das Klagpetitum sich auf eine Obligation gründet, der Dritte ein dingliches Recht behauptet. Es ist der Fall, wenn die Obligation, auf welche sich das Klagpetitum gründet, Obligation zum restituere einer Sache ist und der Dritte kraft dinglichen Rechtes die Herausgabe der nämlichen Sache begehrt. [170]) Die Interventionsklage ist aber unstatthaft dann, wenn die Obligation, auf welche sich das Klagpetitum gründet, Obligation zum dare einer speciellen Sache ist und der Dritte kraft

---

[164]) Welchem das Urtheil des § 276 CPO. gleichzustellen wäre.

[165]) Vgl. darüber Wach, Arrestprocess, S. 211 ff. Sie sind von den Grundsätzen über die Interventionsklage wesentlich verschieden; unrichtig daher die aus der falschen Auffassung des c. veniens X. de testib. folgende Vermischung beider Institute in der Darstellung von Wetzell, a. a. O. S. 856 und 857.

[166]) S. Note 2.

[167]) Vgl. Alexander Tartagnus Consil. I. 82 nr. 5 — dicta causa est executiva et dictum instrumentum habet executionem sicut et sententia ut patet ex statuto sub R. qualiter procedatur in favorem creditorum habentium instrumentum contra debitores suos et — tertius — se oppon(it) ad impediendam executionem. — Menochi Consil. 746 nr. 11.

[168]) Vgl. oben S. 209 ff.

[169]) Vgl. oben S. 209 ff. 226 ff. Ob das, nach dem mittelalterlichen italienischen Recht, auch schon gilt, wenn das geltend gemachte Recht ein Forderungsrecht ist, vermag ich speciell nicht nachzuweisen; etwas dergleichen bei Alexander Tartagnus Consil. I. 17 (wo aber die Forderungsprätendenten erst in der Executionsinstanz interveniren).

[170]) S. oben Seite 229 ff. 223 f.

dinglichen Rechtes Herausgabe der nämlichen Sache begehrt; unstatthaft ist sie in diesem Falle deshalb, weil, gesetzt auch, dass der Erstkläger sein Petitum vor dem Dritten realisirte,[171]) doch die von dem Dritten gegen den Beklagten allein erstrittene Verurtheilung auch für den Erstkläger, als Singularsuccessor pendente lite, bindend sein würde. Das Interesse an der Interventionsklage ermangelt, wenn der Zweck, welchen sie verfolgt, durch einfache Klage gegen den Beklagten zu erreichen ist.[172])

Das Erforderniss einer Bescheinigung[173]) des Interesses hatte das canonische Recht von der Intervention in der Executionsinstanz übernommen;[173a]) die Bescheinigung des Interesses ist hier Bescheinigung des Anspruchs.[174]) Bei der späteren selbständigen Entwickelung der Interventionsklage scheint die canonische Praxis den Weg eingeschlagen zu haben, dass sie den Interventionskläger zwar zunächst zur Begründung seines Interesses seinen Anspruch begründen, dann aber statt in die Bescheinigung gleich in den Beweis der anspruchbegründenden Thatsachen eintreten liess.[175]) Das weltliche Recht stellt das specielle Erforderniss einer Interessebescheinigung gar nicht auf, sondern die Nothwendigkeit einer Bescheinigung des Anspruchs ist hier aus allgemeinen Grundsätzen zu folgern, sofern die Interventionsklage schon an sich auf den schwebenden Process von Einfluss ist. Sie muss hier jedenfalls in Wegfall kommen, sofern die Interventionsklage diesen Einfluss verliert.

Aus der Scheidung der Principalintervention von der accessorischen einerseits, der Intervention in der Executionsinstanz andererseits ergiebt sich der Doctrin eine Dreitheilung der Interventionen.[176]) Eine feste

---

[171]) Dass das gemeinrechtliche Verbot der Veräusserung litigiöser Sachen hier nicht zutrifft, s. Wetzell, System § 6 N. 16.

[172]) In der vorstehenden Weise muss auch § 61 C. P. O. interpretirt werden.

[173]) Das Nähere über diese Bescheinigung gehört in die Geschichte der Executionsintervention und der accessorischen Intervention.

[173a]) Vgl. Decis. Rot. Rom. antiquiores de rescriptis dec. 1. Utrum quando committitur causa contra talem et alios quorum interest, si aliquis praetendens sua interesse velit admitti ad causam — prius debeat docere de interesse suo saltem summarie? Fuit decisum quod sic per decret. veniens 2. de testib. und Note 175.

[174]) Es ist damit hier und im Folgenden natürlich nur die gegen den Beklagten gerichtete Actio gemeint.

[175]) Es ist das zu folgern aus Form. adv. cur. Rom. oben Seite 217. Die Artikulirung dient bekanntlich zur Vorbereitung des Beweises. Vgl. auch Decis. Rot. Rom. novae de proc. 40: D. — ad faciendum fidem de suo interesse producit statim omnia iura sua et facit citari procuratorem dicti C. ad dicendum contra. Vgl. über diese Dec. überhaupt oben N. 94. 97.

[176]) Der Erste, der diese Eintheilung aufstellt, ist m. W. Bartolus bei der l. si perlusorio (14) D. de appell. (49,1) ad v. sed et agere

technische Bezeichnung für die Principalintervention hat sich noch nicht gebildet. Doch wird das Auftreten des Dritten auch schon bezeichnet als ein „principaliter“ Auftreten.[177])

Ob die hier für die mittelalterliche Interventionsklage aus ihrer Geschichte heraus und unter der Voraussetzung deutschrechtlicher Anschauungen entwickelte Construction Gültigkeit auch für das gemeine, ja heutige Recht in Anspruch nehmen darf, das wird von dem Nachweis abhängen, ob wenigstens auf diesem einen Punkte die mittelalterliche deutschrechtliche Urtheilsauffassung im gemeinen Recht conservirt und zu einem speciellen praktischen Zwecke verwerthet worden ist. Ist dieses zu verneinen, so bleibt nichts Anderes übrig, als für das gemeine und heutige Recht die Interventionsklage als die Verbindung einer gegen den Erstkläger gerichteten Feststellungsklage mit einer gegen den Beklagten gerichteten Klage auf Leistung zu construiren. Aber auch in diesem Falle muss mit aller Schärfe

causam]: „Tertius potest venire ad triplicem effectum“; nämlich ad impediendum, ne causam, quam ille incepit, agat seu defendat; oder ut ei assistat; oder post sententiam ad impediendam executionem (im Wortlaut stimmen die Ausgaben nicht ganz mit einander überein). Diese Eintheilung ist dann unendlich oft wiederholt worden. Unter dem ersten Eintheilungsgliede wird ausser mancherlei Anderem auch die Principalintervention begriffen. Vgl. z. B. Baldus ad Auth. nunc si heres cit. nr. 4: — quando voluntarie comparet (tertius) ad impediendum processum inchoatum, exemplum si proposita reali compareo et similiter ago ut processum impediam — ut l. is a quo D. de rei vind. et de pet. her. l. pen. — Die nachfolgende Verneinung der Zulässigkeit bezieht sich dem Zusammenhange nach nur auf den excommunicatus oder bannitus (nach Statutarrecht), dem zwar nicht die Vertheidigung, aber die Klage versagt ist; der excommunicatus oder bannitus ist auch zur Principalintervention nicht zuzulassen, weil der Principalintervenient Kläger ist. Dasselbe ist auch für die beiden anderen Arten der Intervention unendlich oft behauptet worden, sofern der Tertius dem Actor darin gleichsteht, dass er voluntarie comparet in iudicio. Planck, a. a. O. S. 442 N. 6, scheint anzunehmen, dass die auch von Gaill wiederholte Dreitheilung von diesem erfunden sei. Nach ihm (a. a. O. S. 441) „bemühen sich die Italiener gar nicht, das ganze Feld der Frage systematisch zu umfassen.“ Covarruvias l. c. cap. 13 (vgl. c. 14,4) hebt die Principalintervention besonders heraus als gerichtet auf „excludendum utrumque a rebus vel a iuribus de quibus agitur.“

[177]) Vgl. z. B. Matth. de Afflictis oben Seite 227. Technisch wird die Bezeichnung principaliter interveniens erst in Deutschland. Der Ausdruck principaliter ist entnommen der l. principaliter (19) Cod. de liberali causa (7,16): „Principaliter causam eius de quo supplicas esse quam tuam perspicimus nam cum te eum ad libertatem produxisse profitearis, illius interest magis sollemniter suum tueri statum et consequenter tua etiam agetur causa“. (Vgl. zu dieser Stelle z. B. die ergötzliche Bemerkung des Baldus: Causa dicitur principaliter pertinere ad illum cuius magis interest, secundario — ad illum, ad quem pertinet per quandam consequentiam. — dicebat Fran. Accut. (?Franciscus Accursii?), quod hic verificatur proverbium: Quello del quale è

hervorgehoben werden,[178]) dass die Interventionsklage nicht die bloss äusserliche Cumulation dieser beiden Klagen ist, sondern dass sie in wesentlichem Zusammenhange mit einander stehen, dass der Interventionskläger nicht gegenüber dem Erstkläger allein die Feststellung seines Rechtes durch das Urtheil dieses Gerichtes will, und unter den Voraussetzungen des § 61 CPO. rechtswirksam wollen kann, sondern dass sein Wille auf gemeinschaftliche Verhandlung, auf einheitliche Feststellung gegenüber Kläger und Beklagtem zugleich gerichtet ist, dass er diesen vom Gericht zu respectirenden Willen haben muss, wenn er unter den Voraussetzungen des § 61 CPO. die Interventionsklage erheben will.

Welche Construction die richtige, wird späterhin zu zeigen sein. Künftiger Arbeit bleibt auch vorbehalten die weitere Begründung und Verwerthung der aus der Geschichte der Principalintervention gefundenen Resultate.

---

l' asino lo prenderà per la coda). Darnach wird schon früh (vgl. z. B. Hostiensis, apparatus ad c. super eo (15) X. de off. del. (1,29) v. idque]: Nota quod omnes hi quorum interest principaliter vel secundario, ad contradicendum negotio de quo agitur admittuntur) unterschieden zwischen principaliter und secundario interesse. Es vermischt sich aber mit diesem ein anderer (aus den Repertorien leicht zu constatirender) Sprachgebrauch, wonach principalis oder persona principalis die Partei bedeutet und zwar nicht bloss im Gegensatz zum procurator. Vgl. z. B. Angelus Arretinus Comment. ad Instit. tit. de actionibus (4,19) § quadrupli (25) nr. 44: allegans sua interesse sive principaliter veniat in iudicio sive tanquam tertius. Der Gegensatz principalis und accessorius ist einer der allergeläufigsten. Vgl. z. B. das sprüchwörtlich gebrauchte: principali sublato tollitur et accessorium (z. B. bei Durantis spec. iud. II. 1 de compet. iud. adit. 1 (generaliter), 10) und namentlich Innocentius IV. ad c. olim (26) X. de accuss. (5,1): appellant — strepitum iudicii totum illum processum, qui non pertinet ad rem petitam nec principaliter ut testes per quos probabitur principale negotium nec accessorie ut iuramentum de calumnia et exceptiones fori, quia per eas convenitur ad cognitionem veritatis. Den accessorischen Intervenienten stellt schon Oldradus Consil. 255 incip. contra provisionem nr. 2 als accessorius der Partei als dem principalis entgegen. Hiernach bedeutet „Principalintervenient“ den intervenirenden Tertius, der, an dem Streitgegenstand gleich einer Partei interessirt, als Partei auftritt.

[178]) Die nähere Begründung bleibt vorbehalten. Es will auch Wach, wie ich zu meiner Freude aus einer Unterredung mit ihm entnommen habe, seinen a. a. O. (Vorträge S. 83) gebrauchten Ausdruck „Doppelklage“ in diesem Sinne verstanden haben.

Miscellen.

[Manuscript der Wiener Hof-Bibliothek No. 5711 fol. 1a 2b: Adversus doctores juris, quos esse necessarios negat.]

Contra doctores juris dass man ohne Notdurft derselben wohl guet Recht und Gerechtigkeit in Künigreichen und Landen haben möge.

(1.) In Schweden hats keine Doctores oder Rechtsgelerte (wie man sie pflegt misbruchlich zu nennen) und sind doch mit guten Justitien versehen.

(2.) Im alten Testament hab man auch keine Doctores oder sonderbar Rechtsgelerten befunden, darus man ain Handwerk gemacht hete.

(3.) Vor 50 oder 60 Jaren seindt wenig Doctores zu hof gewesen, als das Pfalzgrave Ludwig Churfürst der alt nur ain Doctores gehabt, sind doch Land und Leuth geregieret worden.[1])

(4.) Die neure Form der Regierung pringt izo an aines oder keines statt 20 Doctores die kosten so vil als inner[2]) ein ganz Regierungs-Unterhaltung gekost hat.

(5.) Ob es nun im Reich besser steht, dass den Langmenteln das Regiment gegeben wird, das gebe die Erfarung; ja dadurch sein schier das drite thail des Reichs verloren.

(6.) Wan izo den Doctores in ihren Secklen gepricht und aus einen oder andern Landt herkommen, ziehen sie wieder davon; Gott geb wie die Supp so sie gekocht ausgessen werdt.

(7.) Die Herren, was sie zusammen erkrazen, müssen sie auf die Doctores und Proces wenden, drum izo ein Doctor so vil hat als inner alle Räte eines ganzen Churfürstentums gehabt haben.

---

[1]) Der Aufsatz muss hiernach Ende des XVI. Jahrhunderts abgefasst worden sein, da Pfalzgraf Ludewig zu Anfang desselben regierte und seither 50—60 Jahre verflossen sein sollen. Uebrigens wurde an dem pfälzischen Oberhofgericht zu Heidelberg schon unter Friedrich i. J. 1472 ein Teil der Beisitzerstellen den Doctoren eingeräumt.

[2]) ehedem.

(8.) Von anderen ihren Geiz will man nicht sagen; wie zu Zeiten die Underthanen 6 Pfennig geben und das Recht kauffen müssen.

(9.) Drumb denn aus dem Grundt zu helfen soll man ein neues corpus juris und Gesez begreifen und ein Auszug aus allen Reichsabschieden machen.

(10.) Quia mit den Doctores also geschaffen, dass in Mainung viler Skribentes ein gross solcher Irrgarten der Rechte gemacht, dass ein Jeder sie als necessarium malum et anthidotum gebrauchen muss.

(11.) Er sey dem Namen noch Doctor nit feindt, sondern die Herren selbst dazu zu schelten, dass sie inen Ursache dazu geben, das Recht verdunklen.

(12.) Die Doctores izo mehrenteils beschaffen dass mancher Herr ein Esel für ein Pferd kauft.

(13.) Denn sie selbst die Gesetz nit lesen noch verstehn und in iren Codex und Digest. verwirrt sein und das Hinterst für das Vorderst raten.

(14.) Der Irrthum kommt daher dass man die Jugend in der Grammatik und Dialectik nit recht informiren quae sit lassis zur Gottesfurcht lest.

(15.) Dabei sin Dialectik und Rhetorik natürliche Gaben, die den Menschen eingepflanzt, darus er das Recht selbst ermessen kann.

(16.) Daher kommt dass mancher Professor ein ganz Jahr allein über ein lege deklarirt und das unter 10 Doctores nit einer ist der seine Institutiones oder Codex hätte können von einem Professor ganz aushören.

(17.) Darnach ziehen sie in Yttalia, Frankreich und andere Universiteten ein Jahr zwei oder drei, haben keine drei leges ausgehört, so werden sie Doctores daher das Sprichwort accipiunt pecuniam et mittunt asinos in germaniam.

(18.) Darnach so gerath es, wenn er in Deutschland wieder kompt, dass er sich gen Speir ins Kammergericht begibt den Proces zu lernen; da hat es sonder Grif auf der Lauten, die man nit ein jeden aufhenkt, damit sie die Grif mit lernen, den andern Schaden thun und nit wissen mögen, wie er diffinitivam auf ein jede Sach mit Liegen[3]) schicken könne.

(19.) Auf solche Handgrif sei das Recht fundirt; wo einer schon das ganze jus auswendig könnt und die heimlichen Handgrif im Kammergericht nit wüsst, so sein sein Doktorat weder ihm noch sinem Herrn nutz.

(20.) Besorgen sich es werden der Handwerksleut sovil dass es den Andern an ihrer Narung abgehe.

Wien im November 1878. Dr. Bruder.

---

[3]) Lügen.

Bemerkungen zu der Persönlichkeit des Eike von Repkow.

Zahlreiche Anklänge der praefatio rhythmica an mittelhochdeutsche Dichtungen aus dem Ende des 12. und Anfange des 13. Jahrhunderts zeigen, dass der Verfasser des Sachsenspiegels in der schönen Literatur seiner Zeit wolbewandert war. Charakteristisch sind namentlich die Reminiscenzen aus Hartmanns Erec (herausgegeben von M. Haupt, 2. Ausg. 1871). Zu V. 123 f. vgl. Erec V. 4660 f.: „daz er den liuten allen muoste missevallen“. Aehnlich Moritz von Craon (herausgegeben von M. Haupt i. d. Festgaben für G. Homeyer) V. 296—98: „des stuont er wol ze prîse und muose wol gevallen durch reht den liuten allen“. Zu V. 273 f. vgl. Gottfrieds Tristan V. 8525 f.: „daz es im gâr was ungedâht, daz es immer wurde z'ende brâht“. Erec V. 5050: „des was mir vil ungedâht“. Zu V. 279 f. vgl. Erec V. 5016 f.: „zehant reit er unde tete allez nâch sîner bete“. V. 5700 f.: „Cadoc fuor hin unde tete allez nâch Êreckes bete“. V. 25 ff. erinnern an Hartmanns Jwein (herausgegeben von Benecke & Lachmann) V. 198 ff.: „In der werlde ist manec man valsch und wandelbære, der gerne biderbe wære, wan daz in sîn herze enlât“. Endlich klingen auch die Anfangsworte des Prologus: „Des heiligen geistes minne di sterke mîne sinne“ an zwei Stellen des Erec an, V. 8870 f.: „Wan iuwer guote minne die sterkent mîne sinne“, und V. 9184 f.: „So starkten im ir minne sîn herze und ouch die sinne“.

R. Schröder.

Redaktions-Notiz.

Vom nächsten Bande ab soll in der germanistischen Abtheilung dieser Zeitschrift eine Rubrik für „Literatur“ eröffnet, und wird in derselben über neue, der Redaktion zugehende Erscheinungen auf dem Gebiete der deutschen Rechtsgeschichte mittelst kurzer Besprechungen berichtet werden.

München und Rostock im Juli 1880.

P. von Roth. H. Böhlau.

Inhalt des I. Bandes.

Germanistische Abtheilung.

